



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

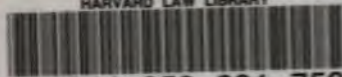
We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>

HARVARD LAW LIBRARY



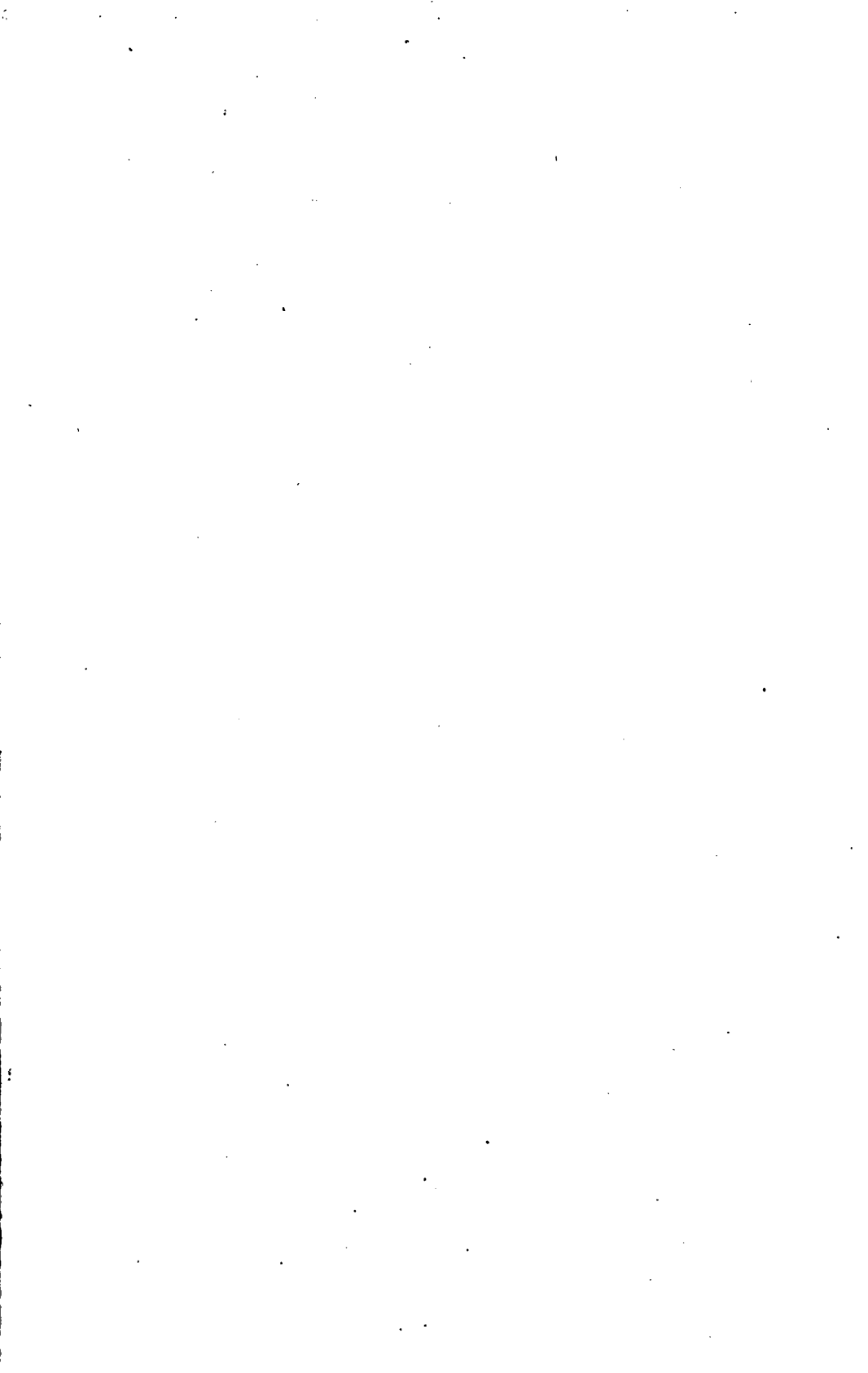
3 2044 058 991 753



HARVARD LAW LIBRARY

Received JUN 21 1926





EXPOSICIÓN Y CRÍTICA

DEL CÓDIGO PENAL



EXPOSICIÓN Y CRÍTICA
DEL
CÓDIGO PENAL

DE LA
REPÚBLICA ARGENTINA

POR EL
Doctor RODOLFO RIVAROLA
Ex-Juez del Crimen
Actual Secretario de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

TOMO SEGUNDO



BUENOS AIRES
FÉLIX LAJOUANE, EDITOR

79 — PERÚ — 89

—
1890

C+H
R6184c

JUN 21 '26

EXPOSICIÓN Y CRÍTICA

DEL CÓDIGO PENAL

PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO PRELIMINAR

PLAN DEL CÓDIGO EN LA PARTE ESPECIAL

401. Observaciones sobre la principal división del *Libro Segundo* del Código. — 402. Diversos sistemas de clasificación de los delitos. — 403. Sistema adoptado por el proyecto Tejedor y por el Código Penal. — 404. Sistema del proyecto de la Comisión revisora. — 405. Crítica de la clasificación del Código Penal. — 406. Consideraciones sobre la importancia de una buena clasificación. — 407. Principios que debe tener en cuenta la clasificación. — 408. La clasificación debe tener por base la naturaleza del derecho violado. — 409. Este es el método de los Códigos más modernos. — 410. Orden de clasificación : delitos que atacan la organización y seguridad interior del Estado. — 411. Delitos contra la libertad. — 412. Delitos contra la administración pública y la autoridad. — 413. Delitos contra el orden público, la seguridad pública y la fe pública. — 414. De-

litos contra las buenas costumbres y contra el orden de las familias, contra las personas y contra los bienes. — 415 Cuáles debieran incluirse en estos títulos. — 416. Fundamento del método adoptado en mi exposición.

401. Se imputa con razón á la crítica el ser tarea, como demoledora, más cómoda y fácil que la tarea de crear. Nada sería, en verdad, más sencillo que criticar la distribución metódica de la parte especial del Código, titulada *De los delitos y sus penas*. Tema para observaciones sencillísimas se encontraría desde luego en la nomenclatura de sus grandes divisiones: *De los delitos y sus penas*, se llama el *Libro Segundo*; el mismo nombre tiene la *Sección primera*, de modo que aparecería absorbida en esta sección toda la materia de aquel libro. La *Sección segunda* se intitula *Delitos políticos y delitos peculiares á empleados públicos*. ¿Y las penas que se mencionaron en el título de la *Sección primera*? El proyecto del Dr. Tejedor no incurrió en estas inadvertencias, que aunque insignificantes y sin trascendencia de ningún género, son inconvenientes, porque podría sospecharse por ellas de falta de prolijidad en la confección de la obra. En aquél, la *Parte segunda* se denominó *De los crímenes, delitos y sus penas*, conteniendo dos libros: el primero, *De los crímenes y delitos privados y sus penas*; el segundo, *De los crímenes y delitos públicos y sus penas*. Si á la Comisión de la Cámara de Diputados repugnó aceptar la calificación de delitos *privados* y delitos *públicos*, debió llevar este dictamen á sus últimas consecuencias y adoptar una clasificación que partiera de la base de la improcedencia de aquella división, y no limitarse á con-

servarla en el hecho alterando la nomenclatura. El nombre no hace la cosa.

402. A tres sistemas, dice Zanardelli, pueden reducirse las clasificaciones de los delitos adoptadas por los diversos legisladores. El primer tipo sería el del Código francés de 1810, cuyo libro III está dividido en dos grandes grupos: 1º *Crímenes y delitos contra la cosa pública*; 2º *Crímenes y delitos privados*. Estos dos grupos ó títulos se dividen en capítulos y éstos en secciones. A este tipo haría oposición el que se podría llamar de *enumeración*. Puestos en línea los grandes grupos y aún los menores, este sistema no coordina los delitos en familias ó en clases, sino que hace un prolijo inventario de ellos. El tercer sistema ocupa una vía intermedia entre estos dos, y es adoptado por el mayor número de legislaciones. Rechazando tanto las grandes divisiones del primer tipo como las demasiado analíticas subdivisiones del segundo, reúne los varios delitos bajo un número de títulos mucho mayor que aquéllas y mucho menor que éstas (1).

403. Al primero de los sistemas enunciados corresponden tanto el proyecto Tejedor como el Código Penal: dentro de las dos grandes divisiones que ya he mencionado, se contienen diversos grupos de delitos, bajo varios títulos, subdivididos, según la materia de que tratan, en capítulos.

404. El proyecto de la Comisión revisora (Villegas, Ugarriza, García), se atuvo al tercer sistema y agrupó

(1) ZANARDELLI, *Relazione ministeriale*, primera nota del libro segundo.

los delitos en siete títulos: 1º delitos contra el orden público; 2º delitos peculiares á los empleados públicos; 3º falsedades; 4º delitos contra las personas; 5º delitos contra las garantías individuales; 6º delitos contra el orden de las familias y la moral pública; 7º delitos contra la propiedad. Los autores de este proyecto fundaban principalmente su plan en el ejemplo del mayor número de códigos y en que la división de los delitos en públicos y privados adoptada por el proyecto del Dr. Tejedor había sido ya desechada por la doctrina. Esta división, agregaban, introduce ideas falsas que perjudican la claridad de la exposición y el fondo mismo de los códigos que la han adoptado, haciendo suponer que existen muchos delitos que no afectan á la sociedad sinó exclusivamente al individuo (1).

405. Sin la base de la división de los delitos en públicos y privados es casi inexplicable una división de la materia en dos grandes grupos. Esto es lo que ha sucedido en nuestro Código al desconocer teóricamente aquella distinción y realizarla bajo otro nombre. Las *falsedades* y los *delitos contra la salud pública* pudieron llamarse delitos *públicos*, como en la división proyectada por Tejedor; pero hoy, no siendo aquellos delitos *peculiares* á los empleados públicos, puesto que pueden cometerlo los particulares, tendremos que llamarlos delitos *políticos*... ciertamente contra toda noción que tengamos formada del delito político.

406. Lo dicho basta á mi juicio para demostrar que no debe considerarse de secundaria importancia ó des-

(1) Nota de remisión del proyecto.

pojada de todo interés la estructura material, diré así, de un Código Penal. Si en realidad careciera de importancia, la mejor forma sería la de enumeración de los delitos. Pero es imposible desconocer que hay entre éstos ciertos vínculos que se manifiestan á la primera observación, que no pueden menos que dar origen á reglas comunes que sirven á la más clara inteligencia de la ley, vínculos que aparecen en la manifestación exterior del delito, ó en el impulso que mueve al delincuente. Una estafa y un robo á mano armada, por ejemplo, muy diferentes entre sí, en la forma de ejecución, se asemejan evidentemente en el propósito : el lucro ilícito.

407. La ley penal es una ley de defensa. Proteje ó debe proteger todos los hechos y todas las formas necesarias á la convivencia social. La sociedad subsiste como un hecho natural cuya destrucción estaría ciertamente fuera del alcance del individuo ; pero las grandes consecuencias de ese hecho natural, no podrían cumplirse en la desorganización y en el desorden. Las reglas de conducta á que los individuos deben someterse para el cumplimiento de los fines sociales, originan el derecho y la obligación. *Derecho y obligación* son términos que envuelven necesariamente la idea de *relación*. Indican la relación del individuo con el individuo, ó de éste con el Estado, que es el medio ó el instrumento de la organización social. Pero no todas las formas de relación, no todas las reglas de conducta requerirán una protección igual ó análoga : para unas será necesaria la efectividad del castigo, el cumplimiento de la amenaza contenida en la ley penal ; para otras bastará la reparación civil.

408. Para organizar lógicamente una clasificación de delitos, será, en consecuencia de lo expuesto, necesario examinar contra qué forma de relación se ha producido el hecho criminal. Un delito no hiere á la vez todas las formas de relación : si no se cometiera en un pueblo más delito que el de hurto y defraudaciones, todos tratarían de defender su *propiedad* contra la destreza y el engaño ; pero nadie temería por su *vida*, ó por su *persona*. La propiedad, la vida, la integridad de la persona, son ya tres formas de relación, tres distintos derechos que es necesario proteger. Los medios que el criminal adopte podrán dar origen á denominaciones especiales ; pero la naturaleza del derecho violado podrá ser siempre la misma.

409. Pienso, pues, que el mejor método para la estructura de la parte especial de la ley penal, es el que agrupa los delitos teniendo en cuenta la naturaleza del derecho ofendido, y según él presentaré en seguida la clasificación, tomando ejemplo de los dos Códigos más modernos que tengo á la vista : el de la República Oriental del Uruguay, sancionado el 18 de Enero de 1889 y vigente desde 18 de Julio del mismo año, y el de Italia, aprobado por real decreto de 30 de Junio de 1889 y vigente desde el 1º de Enero de 1890.

410. El primer hecho social que, en principio, debe necesitar la defensa de la ley penal es el Estado, puesto que por su intermedio se procura la defensa de todos los derechos.

El delito puede atacar la existencia misma del Estado, ó sólo su organización y seguridad interior. De los delitos que atacan la existencia misma del Estado no se

trata en nuestro Código, porque la materia se ha reservado á la legislación especial. En cuanto á la organización y seguridad interior, el Código legisla únicamente sobre los delitos que puedan perturbar las de los Estados provinciales; reservándose también á la ley especial lo referente al orden nacional. He manifestado antes que bastaría que una ley de jurisdicción deslindara lo que corresponde al orden nacional de lo que es del provincial, sin necesidad de tener dos códigos penales, salvo lo dispuesto por la Constitución respecto del delito de traición á la patria. En este primer grupo de delitos contra la seguridad del Estado, deberían comprenderse las formas de rebelión, sedición, motín, asonada, etc.

411. Inmediatamente de las leyes que tienden á tutelar la seguridad del Estado, deben seguir las que protegen la libertad de los ciudadanos, tan importante como aquella. El código italiano y el uruguayo agrupan en este título los delitos contra la libertad política, contra la libertad de cultos, contra la libertad individual, contra la inviolabilidad del domicilio y contra la inviolabilidad de la correspondencia. El italiano agrega los delitos contra la libertad del trabajo. En nuestro Código Penal la violación de domicilio, la detención privada y el descubrimiento y revelación de secretos están mezclados bajo el título de *delitos contra las garantías individuales*, con la sustracción de menores y el abandono de niños. No contiene título alguno sobre delitos contra la libertad política...

412. La administración pública y la autoridad, que son los medios de ejercitarse la acción del Estado, indican lógicamente la necesidad de formar un grupo de los de-

litos que podrían atentar á su existencia ó á sus derechos. En él se comprendería los delitos de peculado, cohecho, soborno, usurpación de autoridad, atentado y desacato, etc., pudiendo incluirse ó formar título aparte de los delitos que más directamente hieren á la administración de justicia, como la denuncia ó acusación falsas, el falso testimonio, el prevaricato, la evasión de presos, el quebrantamiento de condena, y, según algunos, el duelo.

413. El orden público, la seguridad pública y la fé pública pueden tener lugar á continuación de los títulos precedentes, colocándose en el primero la instigación á delinquir y la asociación para delinquir; en el segundo, los delitos de incendio y otros estragos de peligro común, los delitos contra la seguridad de los ferro-carri-les y los delitos contra la salud pública; y en el último los que en nuestro Código están contenidos en el título *De las falsedades*.

414. A continuación de los delitos expresados, “que más directamente interesan al organismo político y civil de la sociedad” y de los que “no tienen propiamente por objeto una institución ó un derecho determinado sino un complejo de relaciones públicas, de cuyo respeto y aceptación normal depende en gran parte el bienestar civil, deben colocarse los que ofendan la integridad de las costumbres y los más consagrados vínculos de la familia, llevando necesariamente una perturbación al orden social, y por último, los que hieren directamente los derechos ó los intereses privados, esto es, la persona y los bienes.” (1)

(1) ZANARDELLI, *Relazione ministeriale*, LXXIII.

415. Correspondería, pues, en el orden de esta exposición colocar los delitos que ofenden las buenas costumbres y el orden de las familias : la violación, el estupro, el raptó, la corrupción de menores, el adulterio, la bigamia y otros matrimonios ilegales ; luego los delitos que ofenden directamente á la persona : el homicidio, las lesiones corporales, el infanticidio, el aborto, el abandono de niños, los delitos contra el honor y la tranquilidad privada, y el duelo ; y por último, los delitos que atacan la propiedad, á cuyo título corresponden el robo, el hurto, la estafa.

416. El orden que acabo de exponer determinaría también el método de mi exposición en esta parte de mi trabajo, si éste fuera puramente doctrinal. Pero, debiendo exponer la ley y comentarla en general ó en detalle, según las circunstancias lo requieran, he temido por una parte dificultar la claridad de la exposición separándome radicalmente del método de la ley al explicar sus disposiciones ; por otra, estrecharme demasiado al no considerar el delito sino con relación al título que ocupa en el Código. Así, pues, hecha la salvedad de mi opinión sobre el método de esta parte de la ley penal, he considerado preferente la exposición en el orden en que están colocados los capítulos del Código, método que adopto por las circunstancias que dejo suficientemente consignadas, comprendiendo en este volumen la exposición de los delitos contenidos en la sección primera, y en el siguiente, los enumerados en la segunda sección del Código.

SECCION PRIMERA

DELITOS PRIVADOS

CAPÍTULO I

DEL HOMICIDIO

(Artículos 94 á 99)

417. Observaciones sobre la clasificación de los delitos contra las personas. — 418. Aceptación propia de la palabra *homicidio* en la ley penal. — 419. Cómo se legislaba esta materia en el código Tejedor. — 420. Calificaciones adoptadas por el Código. — 421. Legislación comparada y fundamento de la calificación. — 422. Elemento material del delito. — 423. Su elemento moral. — 424. El medio de ejecución proporciona un criterio de gravedad. — 425. ¿Puede haber homicidio por medio de un mal moral? — 426. *Quid* del homicidio por sevicias. — 427. El Código no contiene reglas sobre la concausa en el homicidio. — 428. Doctrina del código Tejedor y jurisprudencia sobre este punto. — 429. Puede suplir la falta de reglas sobre esta materia la atenuante 3ª del artículo 83. — 430. Fundamento que se da del silencio de la ley sobre este punto. — 431. Ejemplos tomados de la jurisprudencia española. — 432. Reglas del código italiano. — 433. Soluciones de la cuestión. — 434.

Disposiciones legales sobre el homicidio en ascendiente, descendiente ó cónyuge. — 435. Legislación comparada sobre el parricidio. — 436. Distinciones entre el Código Penal y el proyecto Tejedor. — 437. Crítica de Pacheco á los códigos que no admiten atenuación en el homicidio del padre. — 438. Equiparación del homicidio cometido por el padre al cometido por el hijo. — 439. No corresponde la aplicación del artículo 94 tratándose de parientes ilegítimos no naturales. — 440. Doctrina general sobre este punto. — 441. Fundamento de la doctrina del Código. — 442. Para que exista la agravación, mediando parentesco natural ¿debe estar éste reconocido? — 443. La disposición del artículo 94 no comprende el homicidio del abuelo ó nieto natural. — 444. No debiera comprenderse en la disposición el homicidio del cónyuge. — 445. Para que proceda la aplicación del artículo es necesario que el agente haya conocido el vínculo que lo unía con la víctima. — 446. Crítica de la regla de gravedad relativa adoptada para la aplicación de la pena. — 447. Circunstancias agravantes que califican el homicidio. — 448. Exclusión de la premeditación como agravante calificativa. — 449. ¿Qué influencia puede tener la falta de premeditación? — 450. No debió suprimirse como agravante calificativa la de inundación. — 451. Homicidio por precio. — 452. La agravación alcanza al que da y al que recibe el precio. — 453. En qué puede consistir el precio en el homicidio. — 454. Calificación de alevosía. — 455. Homicidio por medio de veneno. — 456. Esta circunstancia es completamente independiente de la premeditación. — 457. Cualidad indispensable de la sustancia que se haya empleado. — 458. Homicidio por descarrilamiento. — 459. Exclusión del ensañamiento como circunstancia calificativa. — 460. Penalidad del homicidio calificado por circunstancias agravantes. — 461. Homicidio no calificado por agravantes especiales. — 462. Crítica de las reglas establecidas para su penalidad. — 463. Homicidio provocado. — 464. Relaciones entre la atenuante especial de provocación y la circunstancia general de la misma. — 465. La pena fija del homicidio provocado no es una excepción al sistema de penalidad del Código. — 466. Argumento contrario deducido de la relación entre la provoca-

ción y la legítima defensa. — 467. Disposiciones del Código sobre el homicidio en riña entre varios. — 468. Disparo de arma de fuego. — 469. Fundamento de esta disposición. — 470. Es un delito especial, independiente del de homicidio. — 471. Jurisprudencia española.

417. El título primero de esta sección del Código Penal, llamado *Delitos contra las personas*, legisla en capítulos separados sobre el homicidio, el infanticidio, el aborto y el duelo. No se comprende, pues, en este grupo el delito de *lesiones*, que siendo eminentemente un delito contra las personas no ha debido excluirse de este título. En el proyecto Tejedor, al que la Comisión redactora declaró ajustarse en el método de clasificación, las *lesiones corporales* formaban título á parte, sin faltar por ello á la lógica del plan. El título primero se llamaba *De los crímenes y delitos contra la vida*, y dada esta denominación debía necesariamente excluirse el delito de lesiones corporales, de cuya esencia es nó proponerse el delincuente atentar *contra la vida*, sino causar un daño cualquiera en el cuerpo. No es lo mismo proteger la *persona* que proteger la *vida*, desde que la persona puede ser atacada sin propósito de atacarle la vida. Esto es completamente manifiesto en los delitos de injurias y calumnias, que algunos códigos colocan entre los delitos contra la *persona*, clasificación que también adoptaba el proyecto de la Comisión revisora, y que era perfectamente lógico, no obstante la crítica de que fué objeto por la Comisión de la Cámara de Diputados (1).

(1) Discurso del miembro informante de la Comisión. Sesión del 25 de Octubre de 1885.

418. El capítulo primero del título *Delitos contra las personas* legisla sobre el homicidio.

Tomada esta palabra en su acepción general y etimológica, significa la muerte de un hombre cometida por otro. Pero en el Código Penal el homicidio es un delito que en determinadas circunstancias puede revestir caracteres atrozísimos y en otras puede presentar excusas ó atenuaciones de tal consideración que sea necesario reprimirlo con penas leves. Al mismo tiempo, la muerte de un hombre por otro puede ser un hecho meramente accidental ó aún el ejercicio de un derecho. No parece propio tomar en el derecho penal la palabra homicidio como expresando simplemente la muerte de un hombre por otro, y conviene reservarla á los casos en que el hecho se encuentre en condiciones de punibilidad.

419. Se comprende cómo un hecho que puede presentar tan opuestos caracteres como los que median entre el ejercicio de un derecho y la consumación de un delito atroz, se preste á tantas desquisiciones en la ciencia y á tantas divergencias en la legislación como las que se han producido al respecto.

Así, comparando el proyecto Tejedor con el Código, se observa que en éste han sido introducidas las más notables modificaciones. El proyecto Tejedor legislaba el homicidio en la forma siguiente :

a) Como la consecuencia de un acto cualquiera capaz de poner en peligro la vida de otro, resuelto y ejecutado sin reflexión ni premeditación, denominándosele *homicidio simple*, que se castigaba con la pena de seis años de presidio ó penitenciaría, y respecto del cuál se admitían las siguientes excusas que reducían considerablemente la

pena : 1º la de que el acto hubiera sido cometido á consecuencia de provocación ó injurias ilícitas y graves inferidas por la víctima ; 2º la de que en el momento del hecho el homicida se hallara en estado de furor sin culpa suya y sin que hubiese al mismo tiempo exclusión completa de imputabilidad ; 3º la de que se tratara del cónyuge que sorprendiendo en adulterio á su consorte, diera muerte á ésta ó á su cómplice ó á los dos juntos ; 4º la de que fuera el padre ó hermano mayor que diera muerte al que yacía con su hija ó hermana menor de edad ; 5º que hubiera certidumbre de que la muerte producida por la herida fuera el resultado de una causa que existía en el momento de la herida y que no había sido desarrollada por ella ó que la lesión no fuera por si misma capaz de producir la muerte y se hubiera vuelto mortal por efecto de una causa posterior.

b) Como homicidio cometido con premeditación ó alevosía ó ejecutado por precio ó promesa remuneratoria, ó con ensañamiento, ó por medio de inundación, incendio ó veneno, calificándosele de *asesinato*.

c) El homicidio calificado de *parricidio*, que era la muerte del padre ó madre legítimo ó ilegítimo : la muerte de cualquiera otro ascendiente que no fuera padre ó madre ; la de los descendientes en línea recta ; la del hermano, la del cónyuge, y la del padre, madre ó hijo adoptivo.

d) El *infanticidio*, que era la muerte de un recién nacido que no tuviera tres días completos.

420. De todas estas calificaciones el Código no ha adoptado sino dos : de *homicidio*, en que están comprendidas las formas denominadas por el Código anterior de

homicidio simple con ó sin provocación, de asesinato y de parricidio, sin emplear para nada estas denominaciones ; y de *infanticidio*.

421. En la legislación española se ha seguido una marcha distinta. El código de 1850 contenía los dos títulos de homicidio é infanticidio como nuestro Código, comprendiendo en el primero lo que se llama parricidio, asesinato y homicidio simple ; y la reforma de 1870 fué la que adoptó la división de la materia bajo los títulos de parricidio, asesinato, homicidio é infanticidio.

Nuestro Código aparece así imitando al código español de 1850, no obstante la reforma que á él introdujo el código de 1870.

Los dos códigos más modernos que tengo á la vista, el código italiano y el uruguayo, adoptan la inclusión de todas las formas del homicidio, con excepción del infanticidio, en un solo título. Este sistema tiene una explicación racional que funda la modificación adoptada por nuestro Código con relación al proyecto Tejedor, no obstante el ejemplo del código español. El hecho material del delito es siempre el mismo ; el elemento moral, la voluntad criminal, es también indispensable requisito de la existencia del delito ; lo que cambia el aspecto de gravedad del hecho son simplemente las circunstancias de persona, de modo ó de medio de ejecución. Estas circunstancias, pues, deben servir de criterio para determinar la *gravedad relativa* del hecho sin que alcançe de ninguna manera á cambiar sus condiciones fundamentalmente esenciales.

422. Antes de establecer cuales son efectivamente

los distintos grados de gravedad que puede presentar el delito de homicidio, es indispensable examinar con detención los caracteres que fundamentalmente lo constituyen.

Para que pueda imputarse el delito de homicidio es ante todo indispensable que se haya producido la muerte de una persona. Tratándose bajo títulos distintos del infanticidio y del aborto, se tendrá el delito de homicidio, siempre que se haya consumado la privación de la vida humana en un ser distinto del autor del hecho, aun cuando se tratara de un moribundo, como en un caso de que tomé conocimiento, de haberse degollado á un herido moribundo para despenarlo, según la expresión campesina.

423. El elemento moral en el delito de homicidio consiste en la intención de matar, ó por lo menos, en la de ejecutar un hecho cuya consecuencia *previsible* puede ser la muerte de una persona.

424. En cuanto al medio de ejecución que manifiesta la relación entre la voluntad criminal y el efecto deseado, las leyes sólo mencionan especialmente el veneno, del que derivan una circunstancia agravante, y los medios que por su naturaleza son aptos para causar graves estragos, como el incendio, la inundación, el descarrilamiento, etc. Cualquier otro medio material no tiene influencia en la calificación. Poco importa que el homicidio se ejecute directa ó indirectamente, como por hambre, ó por sevicias, poco importa que haya mediado el consentimiento de la víctima ó que se haya ejecutado por omisión ó por comisión.

425. Una discusión que sobre este punto se ha susci-

tado en la doctrina, es la de saber si para la imputación del delito de homicidio es necesario que haya habido ejecución ú omisión de un hecho que produzca inmediatamente un daño material, ó si podrá imputarse también cuando el hecho tenga por consecuencia inmediata un mal puramente moral. Chauveau y Hélie se detienen ante las dificultades de la prueba del homicidio por medio de un mal moral. ¿Cómo constatar, dicen, el poder del dolor y sus efectos funestos. ¿Cómo seguir los progresos y reconocer la acción del veneno moral que agota lentamente las fuentes de la vida? La ley tiene que enmudecer en presencia de este crimen cuando ella lo sospecha; su impotencia la desarma y la condena al silencio, pues teme fundar una acusación sobre conjeturas; y nunca sería sino en conjeturas que podría buscarse una base, puesto que ningún hecho material surgiría en esta hipótesis, y que los actos materiales son los únicos que caen bajo su poder (1). Carrara emite una opinión radicalmente opuesta. Yo persisto, dice, en mi tesis de la completa equiparación de los *medios morales* á los *medios materiales*. Habrá dificultad en la prueba de la intención determinada: habrá dificultad en la prueba de la eficiencia causativa de la muerte. Pero, cuando estos datos de hecho estén comprobados, yo no acepto la conclusión del viejo jurisconsulto inglés (Hale) que encontraba en ésto un homicidio ante Dios y un acto inocente ante los hombres. Con aquéllo habría cuanto es necesario á la esencia de hecho del homicidio imputable (2). Comparto esta opinión del

(1) *Théorie du code pénal*, número 1189.

(2) *Programma*, § 1087, nota 3.

ilustre jurisconsulto italiano, porque creo en todos los casos las dificultades de la prueba independientes del juicio que debe recaer sobre los hechos en los casos en que se haya obtenido aquélla. Si conocido el estado morbo de una persona á la cual es necesario evitar toda fuerte emoción como único medio de salvarle la vida, se aprovecha dolosamente de aquel estado crítico para producirle la muerte, procurándole la fuerte emoción que la tendrá por consecuencia, me parece tan ajustado este hecho á las condiciones esenciales del homicidio como si, en lugar de procurarle la violenta conmoción moral, se hubiera disparado á la víctima un pistoletazo.

426. Puede cuestionarse también, cuando la ley no hace mención expresa, si procederá la calificación de homicidio en la muerte que sea consecuencia de sevicias. Bajo el texto del código Tejedor aparecía manifiesta la solución negativa. Como el hecho no revistiera caracteres tales que se impusiera la calificación de homicidio con ensañamiento ó asesinato, la definición del homicidio simple no daba lugar á incluir el que fuera resultado de sevicias: "el que sin reflexión ni premeditación resuelva y ejecute contra otro *un acto* capaz de poner en peligro la vida, etc." Las sevicias, repetición continua de brutales tratamientos, no eran *un acto*, sino una serie de actos, que podían ser todos irreflexivos é impremeditados. El caso no entraba en el texto legal. Pero refiriéndose en el nuevo texto la imputabilidad del homicidio *al que mata*, me parece que no habrá que hacer excepción alguna: bastará, conforme á la doctrina expuesta, que la muerte sea consecuencia del hecho ó hechos ejecutados por el delincuente.

427. Cuando se tiene la prueba de la intención de matar y el hecho del agente ha producido directa é inmediatamente el efecto deseado, no aparece dificultad alguna para calificar el delito de homicidio; pero no ocurre lo mismo cuando el hecho ejecutado por el agente no ha sido la única causa ó puede pensarse que no haya sido la única causa del homicidio.

El Código guarda también silencio sobre esta materia. En los artículos del título del homicidio se usan las fórmulas, *el que á sabiendas mata*, y *el que mata á otro*.

Queda, pues, entregado á la jurisprudencia y á la doctrina el decidir las graves cuestiones que podrán suscitarse con motivo de la concausa en el homicidio.

Este sistema, que es el de los códigos españoles de 1850 y 1870, no es el admitido con generalidad en los códigos de otros países.

428. El proyecto Tejedor traía sobre esta materia reglas que conviene tener presente por lo que puedan tener valor como doctrina, porque explican las decisiones de nuestros tribunales cuando el proyecto estuvo en vigencia.

Para que una lesión ó herida se reputara mortal en el sentido legal, bastaba que la lesión ó herida fuera la causa eficiente de la muerte. En consecuencia la apreciación judicial del carácter de una lesión ó herida no depende de saber si en otros casos esa lesión ó herida habría podido ser curada con los auxilios del arté, ó si el resultado mortal se habría podido evitar con cuidados prestados á tiempo, ó si la herida había causado la muerte directamente ó sólo indirectamente por efecto de otras causas mediatas desarrolladas por ella, ó, si en

fin, la lesión ó herida había sido mortal de una manera absoluta únicamente en razón de la organización particular del herido ó de las circunstancias en que había sido herido.

Esta disposición del artículo 10 del título *Del homicidio* del proyecto Tejedor admitía las excepciones siguientes: "Cuando la herida, sin embargo, produzca la muerte de la víctima y haya certidumbre de que la muerte ha sido el resultado de una causa que existía en el momento de la herida y no ha sido desarrollada por ella; ó que la lesión infligida no era capaz de producir la muerte y que sólo se ha vuelto mortal por efecto de una causa posterior, como el uso de medicamentos positivamente nocivos, de operaciones quirúrgicas funestas, el culpable sufrirá solamente tres años de prisión."

A estas disposiciones se relacionaba la del artículo 1º del mismo título, según la cual bastaba que el acto ejecutado fuera capaz de poner en peligro la vida, si tenía lugar la muerte. La calificación del homicidio procedía, pues, de una aptitud general del acto ejecutado para poner en peligro la vida de otro. En un caso que se registra en los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, una herida que un individuo infirió á otro arrojándole con una botella á la cabeza, de cuyas resultas el herido murió á los pocos días, fué calificada en primera instancia de lesión grave; en segunda instancia, de homicidio simple, confirmándose por la Corte la primera calificación (1).

(1) *Acuerdos y Sentencias*, 2ª série, tomo 10, pagina 112.

En cambio la Cámara de Apelaciones de la Capital Federal declaró, en última instancia, homicidio simple el que se produjo en un caso en que el herido recibió una lesión en riña, pudiendo haberse producido aquélla ó por un golpe de taco ó por una percusión sufrida al caer. La Cámara consideró que para que haya imputabilidad bastaba el acto inicial cuyas consecuencias pueden ser múltiples, porque el hombre no es dueño, generalmente, del resultado de sus acciones (1).

429. La doctrina del código Tejedor y las aplicaciones que de ella hizo la jurisprudencia no pueden tener hoy autoridad sinó mediante una comprobación de sus fundamentos.

Del texto actual del Código no puede derivarse principio ni consecuencia en ningún sentido. Sin embargo, esto no quiere decir que se haya de castigar siempre con la misma gravedad á aquel que hirió sin ánimo de causar la muerte, y sin embargo, mató, que á aquel que al herir tuvo ánimo de matar. Si el daño efectivamente causado fué mayor que el daño previsto, se tendrá una disminución de la pena en razón de la circunstancia tercera del artículo 83.

430. He dicho antes que el sistema del Código era el del código español, sistema que aprueba Pacheco, en estos términos: "Los golpes y las heridas son ó nó mortales de suyo. Cuando lo son, el que los ha causado es verdaderamente reo de homicidio, aunque la muerte tarde algunos días en venir. Cuando no lo son, no puede

(1) *Fallos y disposiciones de la Excelentísima Cámara de Apelaciones de la Capital Federal*, tomo 1º, página. 84.

calificársele de tal, aunque por descuidos, por mala asistencia, por accidentes imprevistos ocurra después alguna desgracia. No ha de responder de ella quien en ella no ha tenido ninguna culpa. No puede estimarse reo de homicidio el que no causó una herida de la que fuere natural se siguiera la muerte; pero deberá serlo el que la causó de tal clase que la muerte era necesaria ó naturalmente posible, si en efecto no pudo curarse el herido á pesar de una regular asistencia, y murió al fin en un plazo más ó menos corto. Repetimos otra vez que la pura y simple razón es en esto la mejor guía. Cuando las leyes quieren llevar su fijeza hasta el extremo y determinar anticipadamente todos los casos posibles, el resultado no es ni puede ser otro que dar margen y fundamento para cavilaciones, para argucias. Preferimos esta sencillez. Las cosas que todo el mundo conoce no necesitan definirse. Por una dificultad grave que nazca en este sistema se evitan de seguro mil que nacerían en el sistema opuesto". (1)

431. En la jurisprudencia española puede encontrarse algunos casos en que se ha presentado la dificultad.

Fué calificado de homicidio el hecho de que inferidas con instrumento cortante y punzante dos heridas que no eran necesariamente mortales, se siguió la muerte por no haberse practicado á tiempo la correspondiente operación quirúrgica.

Se calificó asimismo de homicidio el hecho de que inferidas unas lesiones que primero se califican de

(1) PACHECO. *El código penal concordado y comentado*, tomo 3º, página 27.

graves, luego de *menos graves* por haber desaparecido el peligro, y que se agravan luego nuevamente hasta fallecer el que las recibió, declarando los facultativos, primero, que la muerte no sobrevino á consecuencia de las lesiones, sinó por efecto de un padecimiento crónico que sufría hacía mucho tiempo el lesionado, y luego que las heridas obraron como concausa con el padecimiento crónico para acelerar la muerte.

Fué en cambio calificado de lesiones lo siguiente: “Cuando del proceso resulta que la causa inmediata de la muerte del interfecto fué una erisipela traumática complicada con una meningo-encefalitis, consecutiva de la misma erisipela; y que la causa ocasional y primitiva de ésta fué la herida que le causó el procesado en la parte superior, si bien era probable que á no haber habido en el lesionado predisposición á erisipela, á no haberse expuesto como se expuso á la intemperie, y haber tenido una medicación adecuada, se hubiera evitado tal accidente y la lesión se hubiera curado antes de los treinta días”. (1)

432. Se ve por las soluciones á que ha tenido que llegar en distintos casos la jurisprudencia española, que no sería del todo inconveniente que en la ley se consignara algunas reglas relativas á la concausa en el homicidio, y así lo ha hecho el código penal italiano, cuyo artículo 367 dice: “cualquiera que con el fin de matar causa la muerte á alguno, pero nó por la sola consecuencia de

(1) Sobre estos casos y otros puede verse Viada y Vilaseca, *Código Penal reformado de 1870*, en las cuestiones sobre el artículo 449, y Suplemento 1º de la misma obra, en las cuestiones sobre el mismo artículo.

su acción, sino por el concurso de condiciones preexistentes ignoradas por el culpable, ó de causas sobrevinientes se castiga con reclusión, etc." y el artículo 368, que prevé el caso en que con el fin de causar un daño en el cuerpo ó en la salud ó una perturbación mental, causa la muerte á alguno, si ésta ocurre por el concurso de condiciones preexistentes ignoradas por el culpable ó de causas sobrevinientes.

No es admisible, pues, la calificación de lesiones cuando éstas han obrado como concausa en la muerte; pero las penas del homicidio son reducidas á la mitad cuando ha mediado el concurso de aquellas condiciones.

433. Creo indispensable para resolver justamente estas cuestiones tener en cuenta: 1º cual fué la intención del agente; 2º qué relación ha podido tener la lesión causada con la muerte ocurrida.

Si existía la voluntad de matar, y á ese objeto se causó una herida grave, ninguna consideración podrá merecer el hecho de que la muerte se haya producido también por el concurso de otra circunstancia, precedente ó posterior á la herida. Si existía la voluntad de matar y la lesión causada era leve, de modo que manifiestamente no pudiera ocasionar la muerte, sería justo descontar de la responsabilidad del agente lo que en el homicidio hubiera por causas independientes de su voluntad, pero sin cambiarse el título de homicidio.

Si no existía la intención de matar, y el acto por sí mismo no era capaz de producir la muerte y sólo la produjo por la intervención de una causa exterior, no puede imputarse al heridor el delito de homicidio cuando él

difícilmente podía conocer ó prever aquella causa (1).

Si no existía la intención de matar, y sin embargo la herida fué la causa eficiente de la muerte, correspondería la calificación de homicidio con la circunstancia atenuante de haberse causado un mal mayor que el deseado.

434. Pasando al examen particular de las disposiciones del Código, hállese en primer término el homicidio á que la ley atribuye la mayor gravedad, y que el proyecto denominaba de parricidio: “el que á sabiendas mata á su padre, madre ó hijo, legítimo ó natural, ó á cualquier otro ascendiente, descendiente ó á su cónyuge, será castigado: 1º con la pena de muerte si no concurre circunstancia atenuante alguna; 2º con presidio por tiempo indeterminado si hubiese una ó más circunstancias atenuantes”.

435. Las leyes han mirado, en general, con la mayor reprobación el crimen de parricidio. El mayor respeto á la vida de los demás se impone por el vínculo de sangre; y cuando esta valla impuesta por la naturaleza no basta para contener al criminal, puede desesperarse de su respeto por la vida de los extraños. Pero, no ha habido acuerdo respecto de la extensión en que los vínculos de sangre debían determinar una agravación especial del homicidio. Una ley de las XII tablas la atribuyó exclusivamente á la muerte de los *padres* cometida por los *hijos*. Las leyes de Sila extendieron la calificación de parricidio aún á la muerte de otros parientes. La ley Pompeya de *parricidiis* la extendió á la muerte de los sobrinos, de la esposa, de los primos,

(1) CARRARA, *Programma*, § 1093.

del suegro y del padrino; y por último, Constantino la limitó á la muerte consumada entre personas vinculadas en línea directa ascendente ó descendente (1).

Entre las leyes modernas, el código español extiende la calificación de parricidio á la muerte del padre, madre ó hijo, legítimos ó *ilegítimos*, de cualquier otro ascendiente ó descendiente ó del cónyuge (2); el código francés califica de parricidio el homicidio de los padres ó madres, legítimos, naturales ó adoptivos, y de todo otro ascendiente legítimo (3); el código belga, el asesinato del padre, madre ú otros ascendientes *legítimos*, y del padre ó madre naturales (4); el código italiano aplica la pena de *ergastolo* si el delito se comete en la persona del ascendiente ó descendiente legítimo, ó del padre ó hijo natural, cuando la filiación natural ha sido legalmente reconocida ó declarada (5); y el código uruguayo, al homicidio cometido en la persona del ascendiente legítimo ó del padre ó madre natural, cuando la filiación natural haya sido legalmente reconocida ó declarada (6).

El proyecto Tejedor calificaba de parricidio, no excusable en caso alguno, la muerte del padre ó madre legítimos ó ilegítimos; y en segundo término, de los demás ascendientes que no sean padre ó madre; de los ascendientes en línea recta; del hermano, del padre, madre ó hijo adoptivo ó del cónyuge.

(1) CARRARA, *Programma*, § 1140

(2) Artículo 417.

(3) Artículo 299.

(4) Artículo 395.

(5) Artículo 366, 1.

(6) Artículo 319, 1.

436. Comparando la disposición del Código vigente con el que le precedió, aparecen algunas reformas de importancia.

Desde luego, encuéntrase equiparada la muerte del padre á la del hijo, colocándolas en el mismo grado de gravedad. Pero no procede esto porque haya cambiado el criterio que se tenía sobre la muerte del hijo consumada por el padre, sino que ha cambiado el que se tenía de la muerte de éste ejecutada por aquél, admitiéndose la posibilidad de una atenuación que antes se negaba.

437. Al negar el código Tejedor toda excusa en el parricidio propio, seguía al código francés y al napolitano que lo declaraban así. Lo que disponen los referidos códigos, dice Pacheco, no puede resistir el exámen. Una cosa es que debamos ser severos con los parricidas, y no admitir fácilmente excusas para un crimen tan horroroso, y otra que no se admitan jamás y de ninguna suerte. Esta es una pretensión insensata que las leyes no deben nunca admitir (1).

438. Reducida así la gravedad del homicidio del padre á límites racionales, la equiparación de la muerte del hijo á la del padre es fácilmente aceptable. El legislador italiano ha fundado en estos términos idéntica disposición de su código: "No he sabido allanarme, dice, á limitar la configuración del parricidio á la muerte del ascendiente, excluyendo la del descendiente, y particularmente la del hijo. El padre desnaturalizado que se mancha en la sangre de su sangre, que extingue la existencia de su propia criatura, cualesquiera que sean las

(1) *El código penal comentado*, etc, tomo 3º, página 14.

circunstancias funestas que velaron su inteligencia, no es menos execrable que el hijo que mata al padre. Si pudiera establecerse una comparación entre los dos horrendos delitos, me parecería más execrable el delito del padre. Si de la víctima del delito partiera una causa que impulsara á la sacrilega violencia, deberá presumirse antes la responsabilidad del padre que la del hijo. Este podrá encontrar tal vez una excusa en los malos tratamientos, en la sevicia del padre; pero nó el padre mismo en la mala conducta del hijo, la cual no es con frecuencia sino el efecto próximo ó remoto de la incuria ó de la culpa paterna" (1).

439. El Código habla del homicidio del padre, madre, ó hijo, legítimo ó *natural*. Hay aquí otra diferencia con el código de Tejedor y con el español, que han hecho más extensa la disposición, aplicándola á los expresados parientes, legítimos ó ilegítimos.

Se trata de una cuestión discutida en la doctrina y resuelta de diversas maneras en la legislación, y no sería posible sostener que la palabra *naturales* fuera usada en su más amplia acepción como equivalente á ilegítimos. No puede razonablemente sostenerse que el vocablo para calificar un parentesco haya sido tomado en un sentido distinto que el atribuido por la ley civil y admitido por el lenguaje del país, sin que la ley penal declarara expresamente que lo tomaba en otro sentido. No es posible otra interpretación.

440. Sostiénese en la doctrina, como razón de exceptuarse de la calificación á los demás parientes ilegítimos,

(1) ZANARDELLI, *Relazione ministeriale*, CXXXVIII.

la circunstancia de estar prohibida la investigación de tal parentesco por la ley civil. No acepto esta argumentación. La gravedad del parricidio debía tener un fundamento intrínseco ó propio de la ley penal y no dependiente de la ley civil, que tiene razones y fines distintos, y cuyas disposiciones pueden cambiar sin que sea conveniente un cambio paralelo en la ley penal, como ocurre, por ejemplo, con haber desaparecido con posterioridad al Código Penal la calificación de hijos sacrilegos del Código Civil, por la derogación contenida en el artículo 112 de la ley de matrimonio civil. La cuestión debe resolverse de otra manera. La gravedad del parricidio se funda en que éste es el más grande ultraje al mayor sentimiento de piedad que cabe en el corazón humano. Debe preguntarse, pues, si hay algún motivo especial para no encontrar tal agravante cuando el parentesco tiene un origen vergonzoso. Carrara asegura que en la común doctrina de los criminalistas nunca ha prevalecido esta distinción, que la exajerada pudicia contemporánea quisiera introducir. Así en cuanto á las condiciones esenciales del parricidio propio, agrega, como respecto al parricidio *impropio*, la doctrina común se ha fundado siempre en el vínculo *natural*, adoptando siempre la palabra *natural* simplemente como opuesta á *legítimo* (1).

No obstante esto, el nuevo código italiano limita la agravación á los casos en que el parentesco es legítimo ó natural, no estando allí equiparados á los hijos naturales los demás ilegítimos según el código civil.

(1) *Programma*, § 1141.

441. Por mi parte, creo que no puede resolverse la cuestión por una regla absoluta. La condición del hijo adulterino, incestuoso ó sacrílego, es en general reprobada, operándose así en cabeza de un inocente una sanción injusta. Esta para ser justa debiera recaer sobre los culpables sin reflejarse en los inocentes. En tal condición, los vínculos morales entre padres é hijos deben necesariamente relajarse. Los sentimientos naturales están oprimidos por otros engendrados en la vida social; y estas circunstancias deben influir para que no pueda atribuirse al vínculo de sangre análogos efectos que en los casos en que el origen no es reprobado. Si se atiende á estas consideraciones y se recuerda que ya por el artículo 84, inciso 1º, se ha declarado circunstancia agravante el ser el agraviado ascendiente ó descendiente (sin distinción fundada en la legitimidad), se tendrá la explicación de los términos *legítimo ó natural* usados por el Código.

442. En algunas leyes penales se dispone y por muchos autores se sostiene que, tratándose del parentesco natural, la agravación no existe sino cuando el parentesco hubiera sido legalmente reconocido, de conformidad con las leyes civiles. El Código guarda silencio á este respecto; pero de la redacción del artículo se deduce que basta *saber* el hecho del parentesco para que la agravante exista. Sólo que será necesario establecer la existencia del hecho mismo, porque no podría fundarse tan grave calificación penal en el error en que el agente se hubiera hallado respecto de su vinculación con la víctima. La perversidad del delincuente sería indudablemente la misma; pero, según los principios admitidos en el dere-

cho penal actual, se requiere que la materialidad de un hecho exista completa en todos sus caracteres para que pueda imputarse una determinada calificación de delito.

443. ¿Estará comprendido en la disposición del artículo 94, el que mata á su abuelo ó nieto natural? Esta misma cuestión ha podido plantearse para la aplicación del artículo 417 del código penal español de 1870, cuya redacción es análoga á la de nuestro artículo. La solución que al respecto da Viada es perfectamente aplicable á nuestro Código: “Por el código de 1850, era indudable la negativa, toda vez que terminantemente exigía en aquellos la condición de *legítimos* para que su muerte fuese constitutiva de parricidio. No creemos, sin embargo, que la supresión de ese calificativo haya obedecido á contrario intento, sino al deseo simplemente de evitar una redundancia. Con decir: el que matare á su padre, madre ó hijo, sean legítimos ó ilegítimos, ó á cualquiera otro de sus ascendientes ó descendientes, se da ya á entender á nuestro juicio que la disyuntiva es aplicable á los primeros y no á los segundos, respecto de los cuales debe estarse por lo natural, lo general, lo ordinario, que es la legitimidad. Si hubiese el reformador de 1870 extendido el parricidio á los abuelos y nietos ilegítimos, habría redactado indudablemente el artículo del modo siguiente: “El que matase á su padre, madre ó hijo, ó cualquiera otro de sus ascendientes ó descendientes, sean legítimos ó ilegítimos, etc.”. De todos modos hubiera sido preferible conservar en este punto la redacción del Código de 1850, ya que en materia de definiciones jurídicas, más que en ninguna otra, es prefe-

rible anteponer la claridad á cualquiera otra calidad de estilo." (1)

444. Lo que no tiene una justificación completa en el artículo que comento, aunque cuente con la autoriadd del código español, es la inclusión del cónyuge entre las personas cuyo vínculo con el autor del delito determina una especialísima agravación. Nadie puede dudar que los vínculos de afecto conyugal pueden revestir los más diversos grados, y que en muchas ocasiones puede ser explicable la sustitución del afecto amoroso por el rencor y el ódio. Para no pedir un caso á la imaginación que compruebe cómo puede haber injusticia en equiparar el homicidio del cónyuge al parricidio, transcribiré el siguiente, resuelto en España, y de que da cuenta el mismo autor: " Cuando resulta probado que la interfecta *llevaba una vida licenciosa*, y que á consecuencia de ésto había adquirido enfermedades contagiosas *que transmitió á su marido* : que tenía además un genio dominante, por efecto del cual le dirigía frecuentes improperios ; que la noche de la ocurrencia estando acostados ambos con dos hijos de corta edad, uno de éstos pidió un poco de agua ; é invitando á su mujer para que se la diese, habiéndose negado á ello y contestado mal, cegado el marido tomó una faja y echándola al cuello de su mujer y tirando de ella fuertemente, la hizo caer al suelo quedando cadáver á consecuencia, según dictamen facultativo, del golpe que recibió en la cabeza, así como de la aplicación á su cuello del cuerpo extraño que le impidió

(1) VIADA, *Código Penal reformado de 1870*, 3ª edición, cuestión V al art. 417.

la circulación, etc." (1). Y el delito fué calificado de parricidio.

En nuestro Código, que no hace mención especial del homicidio entre hermanos, teniendo este parentesco como una circunstancia general de agravación en el artículo 84, inciso 1º, no debiera hacer calificación especial del homicidio del cónyuge, limitándose á conservarle de circunstancia general de agravación que le da también aquel artículo.

445. Para la aplicación del artículo 94, conviene explicar las palabras con que comienza : *el que á sabiendas mata*. Esta era la redacción del proyecto Tejedor á la que el proyecto de la Comisión revisora había procurado mayor corrección sustituyendo las palabras *el que á sabiendas* por *el que conociendo las relaciones que lo unen*. El código español de 1850 y el de 1870, no creyeron necesario, como la generalidad de los códigos tampoco lo ha hecho, expresar que el vínculo de unión con la víctima fuera conocido por el autor del delito, contra el código español de 1822 que lo consignaba expresamente. La frase tiene importancia en nuestra ley porque sin ella, cuando el homicidio se cometiera ignorando el vínculo, podría tenerse esta circunstancia sólo como la atenuante de no haberse querido causar todo el mal producido, lo que determinaría una pena excesiva con relación al elemento intencional del delito.

446. En la manera de apreciar la relativa gravedad del parricidio difiere nuestro código del español de 1850. En éste, para que exista la máxima gravedad, y en

(1) VIADA, lugar citado, cuestión ix.

consecuencia la máxima pena, es necesario que concurren las circunstancias de premeditación conocida ó ensañamiento, que son circunstancias ordinarias de agravación. El criterio de gravedad que adopta nuestro Código no es el de la concurrencia de alguna circunstancia de agravación, sino el de la falta de alguna circunstancia atenuante. Toda la gravedad está en el crimen mismo y es por circunstancias especiales, por excepción, que debe disminuir la responsabilidad. No es, pues, en las agravantes que se busca la graduación de la pena (1).

Pero la mera concurrencia de circunstancias atenuantes no puede proporcionar un justo criterio. Sólo puede admitirse como ley de tendencia abolicionista de la pena de muerte. Cuando al lado de una circunstancia atenuante, por ejemplo, una amenaza ú ofensa grave ó no grave, porque la ley no distingue, se hallara una agravación tan repugnante como el ensañamiento, los jueces estarían inhabilitados para establecer una compensación que la razón y la equidad exigen.

Por esto creo preferible la fórmula del artículo 417 del código español reformado : el parricidio se castiga con la pena de cadena perpetua ó muerte. Es así posible determinar la relativa gravedad de un parricidio, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en que el hecho se ha producido, sin atender sólo á las causas de atenuación ó á las de agravación, que no pueden por

(1) En la célebre causa de Castro Rodríguez, los Tribunales, sin excepción, hicieron mérito del concurso de circunstancias agravantes, cosa completamente extraña á todo fin jurídico y legal. Las consideraciones sobre las agravantes del horrendo delito podían dar colorido trágico á la narración; pero Esquilo no tiene nada que hacer en el lenguaje de los jueces. Es bueno pulimentar de tan graves defectos el estilo judicial.

si mismas proporcionar la relativa medida de gravedad de un hecho.

447. El artículo 95 determina los casos en que ciertas agravaciones asumen un carácter especial para mantener como represión del homicidio las penas más graves. Esas circunstancias son el precio, la alevosía y la ejecución por medio de veneno, incendio ó descarrilamiento.

En el código Tejedor se calificaba de asesinato el homicidio cometido con premeditación ó alevosía, por precio ó promesa remuneratoria ó con ensañamiento, aumentando deliberada é inhumanamente el dolor del ofendido, y la muerte dada por inundación, incendio ó veneno. Son estas mismas circunstancias las que califican el homicidio en el código español.

Se ve que de ellas ha desechado el código las de premeditación, de ensañamiento y de inundación, y ha agregado la de descarrilamiento.

448. La exclusión de la premeditación como circunstancia calificativa del homicidio es una excepción en la legislación general, y va contra la tendencia de refundir en la premeditación otras agravaciones que se convierten en indicios ó medios de prueba de la premeditación. El nuevo código italiano, por ejemplo, excluye de la calificación especial las circunstancias de traición y alevosía y la de precio ó promesa remuneratoria, por encontrar en ellas meras formas de la premeditación, excluida la cual desaparece la razón de la agravante (1). Haus consideraba inútil y superfluo el artículo 298 del

(1) ZANARDELLI, CXXXIX.

código penal francés que define la alevosía, por considerarlo comprendido en la premeditación. “El *guet-apens*, dice, no es sinó una de las circunstancias propias para constatar la premeditación” (1).

Explicada en la parte general la naturaleza de la premeditación como agravante común á todos los delitos ; dado el sentido allí expuesto del concepto de la premeditación, conviene, en mi opinión y según lo dije oportunamente, que el Código no la haya erigido por sí sola en calificación del homicidio.

449. Pero si la premeditación es una simple agravante que no importa para el delito de homicidio una causa especial de agravación, la falta de premeditación ¿ será circunstancia que modifique la gravedad de las causas especiales, como, por ejemplo, la de ensañamiento ó la de veneno ? Es tan posible propinar súbitamente un veneno como aceptar sin reflexión el mandato de ejecutar inmediatamente un delito. En la jurisprudencia formada bajo el código Tejedor no se atribuía la calificación de asesinato sino la de homicidio simple, cuando el homicidio á traición ó cualquiera otro de los calificados, había sido cometido *sin reflexión ni premeditación*, de acuerdo con los términos del artículo 196. Hoy no hay motivo alguno para admitir bajo la ley nueva, como subsistente, aquella jurisprudencia. La falta de premeditación no ha sido enumerada como circunstancia atenuante en el título respectivo, ni el texto del título del homicidio ofrece argumento alguno al respecto. Es que no puede tomarse como minorante de

(1) *Législation criminelle de la Belgique*, tomo 2º, página 199.

la imputabilidad la falta de premeditación sino cuando resulta de una perturbación parcial de los sentidos y de la inteligencia, no imputable al agente, según la combinación de los artículos 81, inciso 1º, y 83, inciso 1º.

450. No puede justificarse la supresión de la agravante de inundación, que se hallaba consignada en los dos códigos que principalmente sirvieron de modelo al nuestro. Bien que el caso sea extremadamente raro, es posible; y si la razón de la agravante es el estrago á que el medio empleado puede dar lugar, debió conservarse, ya que se mantenían las circunstancias de incendio ó descarrilamiento que pueden no dar lugar á desastres de tanta magnitud como la rotura de un dique. Verdad es que la catástrofe de Jhonstown no ha sido un hecho intencional y que no está previsto un delito que tuviera tan enormes consecuencias.

451. El homicidio por *precio* es clásicamente el único á que conviene la palabra *asesinato*, por lo que el Código ha hecho bien en no emplear ésta como genérica ó en la extensión que le daba el código Tejedor y que le dan algunos códigos vigentes. La ley de Partidas decía: "Los asesinos, é los otros omes desesperados, *que matan los omes por algo que les den*, deben morir por ende" (1). Según Carrara, "la palabra *asesinato* fué usurpada para indicar cualquier homicidio premeditado, por el código francés y por el código sardo que imitó su inexacto lenguaje. Pero en el lenguaje clásico de la escuela la palabra asesinato es *homicidio cometido por orden y cuenta ajena* (2).

(1) Ley 3ª, título 27, partida 7ª.

(2) *Programma*, § 1192.

452. La agravación del precio en el homicidio procede tanto respecto del mandante como del mandatario. Esta regla se deduce claramente del inciso 3º del artículo 21, que llama autor principal al que con voluntad criminal determina al autor material á ejecutar el hecho por *dádiva* ó por *promesa de recompensa*. Está además, fundada en razón: la ejecución del crimen por mano de otro denota tanta perversidad de ánimo en el mandante como bajeza de sentimientos en el ejecutor.

El *homicidio por precio* es una sola calificación de la ley penal, y siendo autores principales el mandante y el mandatario, no podría verse en el hecho del uno delito formalmente distinto del delito del otro.

453. No es para mí, motivo de duda que el *precio* pueda consistir no sólo en dinero sino en cualquiera otra cosa que lo equivalga, ó que pueda reducirse á dinero.

Para que la agravación respecto del mandatario exista es necesario que el móvil suyo sea el lucro. Donde la recompensa excluya esta circunstancia, no puede hablarse de homicidio por precio; por ejemplo, cuando el mandatario hubiese obrado bajo la promesa de impunidad de un crimen anterior (1) sólo podrá tenerse en tal caso una circunstancia ordinaria de agravación (2).

454. La circunstancia de *alevosía* ha sido suficientemente discutida en la *Parte general*, para que sea menester agregar nuevas consideraciones á las aducidas allí, habiendo tenido presente al tratarla en general, el caso especial del artículo 95.

(1) El mandato aceptado bajo promesa de impunidad de un crimen anterior fué declarado por un reo á quien juzgué.

(2) Artículo 84, inciso 7º.

455. En cuanto al *veneno* usado como medio de perpetrar el homicidio, conviene observar que el Código no se aparta en este punto de sus fuentes. Como en el proyecto Tejedor y en el código español de 1850, el uso del veneno es una circunstancia que califica el homicidio; el envenenamiento no constituye un título especial ni requiere una definición.

Se trata en el inciso de *homicidio* por medio del veneno. La naturaleza *legal* de este delito en el código francés era esencialmente distinta: la constituía el atentado á la vida, suministrando veneno, cualesquiera que fueran las consecuencias.

456. Por muchos se ha creído ver en el uso del veneno, como medio de producir la muerte, una simple prueba de la premeditación, admitiendo que el uso del veneno la supusiera siempre. En tal caso, la agravación por razón del veneno debiera desaparecer, puesto que el verdadero motivo de la gravedad estaría en la premeditación. Esto no es exacto; el empleo del veneno con voluntad criminal de dar la muerte, puede ser el resultado de una excitación transitoria que excluya el ánimo tranquilo, indispensable para la existencia de la premeditación. Sobre este punto no hay dudas: es posible el caso presentado por Rossi, de un criado que, injuriado por su amo en el momento en que le propinaba una medicina de la que debía dar pequeñas dosis, suministrara una cantidad suficiente para causar la muerte. Carrara recuerda un caso presentado á la Corte de Lucca, en que debió reconocerse la existencia de un envenenamiento cometido por impulso repentino del ánimo. Castro Rodriguez alegaba en sus declaraciones que exaspe-

rado por la situación que le creaban las exigencias de la mujer que fué su víctima, salió en busca del veneno para propinarlo. En los casos de homicidio por medio de veneno será, sin embargo, inoficioso, bajo nuestra ley, investigar si hubo ó no premeditación, desde que ninguna influencia tienen sobre el caso las circunstancias generales de agravación y no deriva la gravedad atribuida al uso del veneno de la premeditación que puede acompañarlo frecuentemente, pero que no es imposible que no exista. Es, pues, exacta la conclusión de Nypels: “no es, por lo demás, la premeditación lo que constituye únicamente la gravedad del envenenamiento; es el extremo peligro de este crimen y la alarma que esparce en razón de la *facilidad* y de la *certidumbre* que presentan sus medios de ejecución y de la imposibilidad que hay de preservarse de ellos” (1).

457. Algunas dificultades podrá presentar en algún caso la determinación de la sustancia que constituya un veneno. Esta solución corresponderá, por lo general, á los médicos legistas; pero será bueno recordar que es cualidad indispensable del *veneno* que obre *químicamente* y no *mecánicamente* sobre el organismo. Antes de 1846 se resolvió en Francia que constituía envenenamiento la subministración de vidrio pisado ó en polvo. En el proceso de Juan Dumas se resolvió en Bélgica lo contrario, por cuanto “la substancia administrada, *desprovista en si misma de toda propiedad tóxica*, no puede matar sino como instrumento desgarrador de los tejidos”.

458. Tratándose de la agravante de *descarrilamiento*,

(1) NYPELS, *Code pénal interprété*, tomo 2º, página 302.

el motivo resulta claramente del gran peligro á que el delincuente expone á numerosas personas ; en el mal contra muchos para satisfacer, á veces, la pasión contra uno.

En el código español de 1870, á pesar de haberse incluido esta circunstancia entre las causas generales de agravación, no habiendo figurado en el código de 1850, no ha sido tomada para calificar especialmente el homicidio.

El descarrilamiento, como todo otro medio ocasionado á grandes estragos, califica especialmente el homicidio en el nuevo código italiano, “ sin que para ello sea necesario considerar la existencia de la premeditación”. Si estos son los fundamentos de la agravación, parece que, tanto nuestro código como el español debieran haber adoptado como circunstancias que calificaran el homicidio las que en el código español de 1870 se indican como circunstancias generales de agravación, en el inciso 4º del artículo 10: “ ejecutarlo por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, varamiento de nave ó avería causada de propósito, descarrilamiento de locomotora ó del uso de otro artificio ocasionado á grandes estragos”.

459. A la par que se suprimió como circunstancia cualificativa del homicidio la premeditación, suprimiose el ensañamiento. En este punto, la opinión de Pacheco ha prevalecido en el ánimo de los codificadores, sobre el texto del código español. Para Pacheco “ las premeditaciones más graves, más criminales, más altamente punibles, están ya dichas en las tres circunstancias precedentes, en las de asesinato, de alevosía, de veneno, in-

cendio ó inundación. Igualar con estas premeditaciones, solemnes, por decirlo así, cualificadas, otro género de ellas, simples y de seguro menos espantable, menos alarmante, menos dañoso, más sujeto á duda y contradicción, no nos parece conveniente ni acertado. El que verdaderamente premedita matar, natural cosa es que se valga de alguno de aquellos medios. Si no lo hace, su premeditación es muy inferior respecto á las que específicamente acabamos de señalar... Tampoco nos parece bien que el ensañamiento solo se coloque al nivel del asesinato, del envenenamiento y de la alevosía. Aquél corresponde á otro género, nace de la pasión, del arrebato, de la cólera; ó por lo menos puede nacer de ellos tanto y más que de la frialdad del espíritu, que de la crueldad de ánimo" (1).

En cuanto al ensañamiento, no encuentro la consideración de Pacheco suficientemente fundada para que no se mire como una causa especial de agravación. El código español reformado ha mantenido esta agravación. En el nuevo código italiano la muerte con *gravi sevizie* se equipara á la dada por medio de veneno. El autor del código, decía: "aún la circunstancia de ser el homicidio cometido con *grave sevizia*, exige la aplicación de una pena más severa, porque denota mayor ferocidad en el reo, que no se satisface con quitar la vida á su enemigo, sino que quiere hacerlo brutalmente sufrir". En este mismo sentido se expresa Carrara (2).

460. Para determinar las penas correspondientes al homicidio en los casos del artículo 95, el Código adopta

(1) ПАЧЕКО, *El Código Penal*, etc., tomo 3º, página 23.

(2) *Programma*, § 1244.

el mismo criterio de la concurrencia de circunstancias atenuantes seguido por el artículo 94: si no hay circunstancia atenuante alguna en los casos del artículo 95, se castiga el delito con la pena de muerte; si concurre una circunstancia atenuante, con la pena de presidio por tiempo indeterminado, y si concurren dos ó más circunstancias atenuantes, con la pena de presidio por diez á quince años.

La ley prescinde, pues, en los casos de este artículo, de toda consideración sobre la concurrencia de circunstancias agravantes.

Presume que toda la agravación está en el hecho mismo, y que ella puede minorarse en atención al concurso de circunstancias atenuantes. Esto es justo bajo cierto aspecto; pero es injusto por ser absoluto. Repito lo dicho con motivo del artículo 94: al lado de una circunstancia atenuante pueden existir muchas de agravación, ante las cuales habrá que cerrar los ojos, porque ante el texto legal sería abusiva toda consideración que se hiciera.

En otros casos el mismo delito, cuando concorra una circunstancia atenuante de la mayor importancia, será castigado con pena mayor que cuando concurren dos atenuantes de mínima importancia; y ésto ya no es justo.

Hubiera sido preferible, pues, que la ley no se hubiera separado en este punto del modelo del código español de 1870, según el cual el homicidio calificado por estas circunstancias agravantes se castiga con la pena de cadena temporal en su grado máximo á muerte (art. 418).

Si admite nuestra ley que el homicidio calificado pue-

da ser castigado con pena de 10 años de presidio, hasta con pena de muerte, pudo haber dejado que la pena en cada caso se computara con arreglo á la disposición del artículo 53.

461. Fuera de los casos especialmente calificados por razón de circunstancias determinadas, el homicidio será castigado con pena de tres años de penitenciaría ó presidio por tiempo indeterminado, según las siguientes graduaciones del artículo 96:

1º Presidio por 10 años hasta por tiempo indeterminado, si hay una ó más circunstancias agravantes;

2º Presidio por 6 á 10 años si no hubiese circunstancia agravante alguna;

3º Presidio por 3 á 6 años si hubiese una sola circunstancia atenuante;

4º Penitenciaría por 3 á 6 años, si concurriesen dos ó más circunstancias atenuantes.

462. Las reglas establecidas en estos cuatro incisos para determinar la relativa medida de la pena dentro de un máximo y minimum tan amplio no son acertadas. Tienen por único criterio el número de las circunstancias agravantes ó atenuantes, y no su respectiva importancia.

Pero no es esta la única observación que merece el sistema adoptado. Los jueces no están habilitados para graduar la pena según la respectiva importancia de las circunstancias agravantes y atenuantes, porque la concurrencia de éstas no está prevista, resultando entonces imposible la aplicación del artículo 53. Para comprenderlo bastaría formular las siguientes cuestiones: ¿Deberá aplicarse el inciso 1º del artículo 96, cualquiera que

sea el número de las circunstancias atenuantes cuando haya una agravante? ¿Se aplicará el inciso 3º, cualquiera que sea el número de las agravantes, si hay una circunstancia atenuante?

Por otra parte, si el objeto de librar la determinación de las penas dentro de un máximo y mínimo al criterio de los magistrados, está en facilitar á éstos el medio de tomar en consideración las circunstancias en que se produce el delito ¿á qué responde el máximo y mínimo del artículo 95 para el caso en que no haya circunstancias agravantes ni atenuantes que tomar en consideración?

Pienso que este artículo requiere enmiendas de consideración. No puede quedar erróneamente legislado el delito que por desgracia se comete con más extraordinaria frecuencia en el país.

463. El artículo 97 legisla especialmente el homicidio cometido por provocación: “la pena será de tres años de prisión, si la víctima misma provocó el acto homicida con ofensas ó injurias ilícitas y graves”.

En el inciso 4º del artículo 83, ya se ha incluido entre las circunstancias atenuantes la de “haber precedido provocación, amenaza ú ofensa por parte del ofendido”. En el artículo 97 la ley requiere algo más, es necesario para que se esté en el caso del artículo que las ofensas ó injurias hayan sido ilícitas y graves.

464. Que la disposición del artículo 97 difiera en grado de la del artículo 83, inciso 4º, resulta no solamente de los términos en que uno y otro están redactados, sino que se comprueba también por los antecedentes ó fuentes de la ley.

La provocación de que habla el artículo 83 es la circunstancia atenuante del inciso 4º del artículo 9º del código penal español: “ haber precedido provocación ó amenaza *adecuada* por parte del ofendido”.

La disposición del artículo 97 está tomada del código Tejedor: la pena será de tres años de prisión si el muerto mismo provoca el acto homicida con ofensas ó injurias ilícitas y graves, ó si en el momento del hecho el homicida se hallaba en estado de furor sin culpa suya y sin que hubiese al mismo tiempo exclusión completa de imputabilidad. .

Esta última parte constituye la circunstancia del artículo 83, inciso 6º, del Código Penal. Es evidente que si la primera parte se hubiera considerado comprendida en el inciso 4º de aquel artículo, manteniendo en la ley una sola prescripción general para la provocación, como lo hace el código español, no se hubiera tomado en el artículo 97, el texto del código Tejedor que califica las ofensas ó injurias. .

465. Tomándose aisladamente el artículo 97, se ha creído ver en él una excepción injustificada á la regla con toda generalidad admitida en el Código de dejar la pena indeterminada entre un máximo y un mínimo, y así ha llegado á expresarse por un juez en un caso judicial que he tenido á la vista.

No considero fundada esta crítica. Queda demostrado en el número precedente que entre la disposición del artículo 97 y la circunstancia atenuante del inciso 3º del artículo 83, median diferencias de grado. El artículo 97 no hace más que autorizar una reducción del mínimo de la pena del homicidio en los casos en que la provoca-

ción por ofensas ó injurias fuera tal que éstas pudieran calificarse de graves é ilícitas. Ahora bien; un *minimum* tiene que ser necesariamente un punto fijo. Es en nuestro caso la pena inmediatamente inferior al *minimum* de penitenciaria, y es á la vez una pena para el homicidio igual al *máximum* de las lesiones corporales no calificadas especialmente. Si se estableciera para el homicidio provocado la pena de prisión menor de tres años, resultaría en algunos casos castigadas las simples lesiones con una pena más grave que el homicidio.

466. Se podrá contestar á esto que la provocación por ofensas ó injurias ilícitas y graves, relacionándose inmediatamente á la legítima defensa, debiera admitir un *minimum* más reducido.

La disposición más benigna en este sentido es la del artículo 213 del código penal de Alemania: "si el homicida hubiere sido provocado por el interfecto, por medio de violencias ú ofensas graves cometidas contra él ó contra alguno de los suyos, y arrebatado por la cólera hubiese cometido el delito en el acto, ó si mediaren otras circunstancias atenuantes, podrá reducirse la pena á *seis meses de prisión*."

Se comprende fácilmente que esta pena es excesivamente leve. Si se considera cuales son las condiciones de la legítima defensa, se notará la fundamental diferencia que media entre ella y la provocación. La defensa legítima tiene lugar cuando se está en presencia de una agresión contra la cual se use un medio racionalmente necesario. Terminada la agresión termina la legitimidad de la defensa. La atenuante de provocación procederá cuando no haya sido racionalmente necesario usar de la

violencia, y se la haya usado por impulso de indignación. La defensa se justifica por ser necesaria á la conservación de la vida ó del derecho; la provocación excusa porque, como dicen Chauveau y Helie, la emoción gobierna los sentidos y precipita al actor á una acción irreflexiva.

467. El artículo 98 prevé el caso del homicidio, cometido en riña ó pelea en que toman parte más de dos personas, si resultasen uno ó más muertos. Las reglas que establece son las siguientes :

“1.ª Si constase quién ó quiénes dieron la muerte, sólo él ó ellos serán castigados como homicidas; y como cómplices los otros que estuvieron de su parte;

“2.ª Si la muerte se produjese por el número de las heridas, no siendo mortal alguna de ellas, todos los autores de las heridas serán castigados como homicidas con el minimum de la pena señalada para este delito;

“3.ª Si no constase quién ó quiénes infringieron las heridas, todos serán castigados con prisión de uno á tres años.”

Los códigos que han legislado este punto se han colocado principalmente en el supuesto de que el autor ó autores de las heridas no fueran conocidos. Así lo han hecho, por ejemplo, el código Tejedor, el español, el austriaco, etc. Ese es efectivamente el caso dudoso que podría surgir; y es por esto que no encuentro explicación suficiente al inciso 1.º del artículo 98.

Los otros dos casos que pueden ocurrir son estos: la muerte se produce en razón del número de heridas, constando quienes la produjeron, ó sin constar esta circunstancia.

Para el primer caso el código Tejedor hacía distinción entre las heridas mortales y las que no lo eran, prescribiendo proporcionar la pena á estas circunstancias. Esto sería lo justo si en tales casos pudiera medirse la relativa perversidad de intención de todos los que luchan. Aquellos que en una riña tratan de inutilizar para el combate al enemigo son ciertamente menos malos que los que á todo trance desean matar. El que no emplea sinó el filo de su espada es menos peligroso que el que hiere de punta. Pero ¿ cuánto habría que atribuir en este hecho á la mala intención y cuánto al temor ó al deseo de conservar la vida ?

En el caso de no conocerse á los autores de las heridas, el favor de los inocentes determina una nueva rebaja de la pena, que es por cierto en nuestro Código demasiado leve.

- X 468. El artículo 99 contiene una disposición nueva en los códigos penales : el acto de disparar intencionalmente un arma de fuego contra una persona, sin hierirla, será penado con uno á tres años de prisión. Esta pena se aplicará aunque se cause herida á que la ley señale pena menor, siempre que el hecho no importe un delito mayor.

El código español la consignó en términos análogos (1), y fué propuesta entre nosotros por primera vez en el proyecto de la Comisión revisora (2). En estos dos últimos la fórmula final hace aplicable la disposición al caso en que no hubieran concurrido en el hecho las circunstancias necesarias para constituir delito frustra-

(1) Artículo 423.

(2) Artículo 207.

do ó tentativa á que esté señalada una pena superior.

469. Esta disposición se funda en la necesidad de reprimir el frecuente uso del arma de fuego, en razón del extremo peligro que existe en el disparo del arma. En un país como el nuestro en que es hábito común llevar revólver á la cintura, y sacarlo á la primera emergencia, sería ineficaz toda prohibición policial. Es, pues, de indudable conveniencia que el uso del arma contra una persona se erija en delito.

470. Pero es en delito *per se*, completo, perfecto, que la ley ha querido erigir el hecho de que se trata, y no en fracción de delito. Cuando un hombre dispara contra otro un arma de fuego, intencionalmente, se manifiesta el elemento material del delito. La ley, agrega: “siempre que el hecho no importe un delito mayor”. Este delito mayor puede consistir en el resultado material: una lesión á que la ley señale pena mayor; ó en el grado de intención: una tentativa de homicidio. En uno y otro caso el delito *per se* desaparece, absorbido por el delito mayor. Resulta de ésto que el disparo de arma de fuego es un delito independiente de las lesiones graves. Su existencia deriva de que no haya tentativa de homicidio ó lesiones que importen pena mayor; luego, está mal colocado en el capítulo del *homicidio*, como en el código español está mal colocado en un capítulo de disposiciones comunes á los delitos de parricidio, asesinato y homicidio, cuando su especialidad legal consiste en no tener nada de común con estos hechos.

471. En la jurisprudencia española se registran numerosas decisiones sobre esta materia, y tanto se ha considerado el disparo de arma de fuego como delito

perfectamente independiente, que el Tribunal Supremo ha declarado que el delito se comete aun cuando el arma no esté cargada con proyectil, bastando que lo esté con pólvora, y también aun cuando el arma fuere inservible. En la primera sentencia dijo que "no servía de excusa que el revólver estuviera cargado sólo con pólvora, porque no es el daño el que pena dicho artículo con prisión; cuando se causa, se castiga éste según su gravedad ó agrava el delito del disparo, y es por lo mismo inútil averiguar cuál era la carga del arma, á no ser para calificar el delito en otras condiciones más graves". En la segunda, "que no era motivo suficiente para no apreciar el hecho como disparo de arma de fuego, la circunstancia de ser arma inservible, porque resultando que se hizo el disparo contra determinada persona concurren todos los requisitos que según dicho artículo son necesarios para constituir delito" (1).

(1) VIADA, *El código penal reformado de 1870*, suplemento 3º, página 296.

CAPÍTULO II

INFANTICIDIO

(Artículos 100 y 101)

472. No hay motivo fundamental para separar esta calificación de la de homicidio.—473. Motivo legal de la calificación especial.—474. El impulso de la honra es requisito esencial de la calificación.—475. Crítica de la definición del proyecto Tejedor.—476. La declaración del artículo 101 carece de utilidad.—477. Condiciones de la existencia legal del infanticidio.—478. Qué debe entenderse por los términos *en el momento del nacimiento*.—479. La muerte del niño en interés de la honra de la madre puede ser ejecutada por los parientes más próximos. Este caso no está comprendido en la ley.

472. No puede justificarse la separación de la calificación de *homicidio* de la de infanticidio si no se encuentra entre uno y otro delito alguna diferencia fundamental que requiera su especialización.

La simple circunstancia de la edad de la víctima, el hecho de que no tenga tres días cumplidos de existencia,

no es un motivo que pueda servir de base á una distinción. La ley penal protege la vida, fulminando penas contra los homicidas; y la vida es la misma en el niño de tres que en el de cuatro días. Esto mismo lo reconocen especialmente algunos códigos que legislan el infanticidio separadamente del homicidio. El código penal español de 1850, el de 1870, el proyecto Tejedor, el código penal del Uruguay y el nuestro, declaran que fuera de ciertos casos de que luego haré mención, el que matase á un recién nacido, será castigado con las penas del homicidio.

473. La causa verdadera de la especial calificación debe encontrarse, pues, en otras circunstancias; y ella resulta manifiestamente del texto de las leyes citadas. La disposición primordial y única con objeto propio en el título de infanticidio es la de fijar una pena especial para el caso en que la muerte del recién nacido haya tenido por móvil el *ocultamiento de la deshonra de la madre*. Fuera de esta circunstancia no hay razón alguna para desprender el delito de infanticidio de la calificación general de homicidio. El delito cometido por la madre, por los abuelos, sería castigado con las penas que se imponen al parricidio, porque ésta sería esencialmente su situación jurídica.

474. El móvil de la honra considerado sólo como una circunstancia atenuante no alcanzaría en el sistema de nuestra penalidad sino á reducir la pena de muerte á la de presidio por tiempo indeterminado. En el delito de infanticidio, el impulso de la honra deja de ser una circunstancia atenuante, para constituirse en requisito esencialísimo de la calificación.

475. La misma palabra infanticidio pierde en el derecho penal la acepción etimológica (de *infans cædere*); y tan cierto es esto que la palabra *infans* que denota la *infancia* viene á tomarse en la ley en el sentido limitado de recién nacido. Había en consecuencia, error en el proyecto de Tejedor en tomar la definición que el artículo 300 del código penal francés da del delito de infanticidio: *la muerte de un recién nacido*, lo que agregado á la disposición que establecía que fuera del caso especial el delito se castigaba como homicidio, demuestra la inutilidad y ausencia de fundamento de la definición. El infanticidio no es la muerte de todo niño recién nacido, sino la muerte por impulso de honra.

476. La disposición que declara que en el caso no legislado especialmente el infanticidio se castiga como homicidio, ha sido conservada en nuestro Código á imitación de los códigos precitados, sin que pueda verse en tal declaración mayor utilidad que en la definición del código Tejedor. Efectivamente, si resulta del primer artículo del capítulo que el infanticidio es solamente la muerte causada por impulso de honra, circunstancia que es esencial al delito y que motiva una penalidad especial, desapareciendo aquel motivo, el delito entra en los términos generales del homicidio.

477. Debe tenerse, pues, como única disposición con objeto en el capítulo del infanticidio la del artículo 100, concebida en estos términos: “la madre que por ocultar su deshonor cometiese infanticidio en la persona de su hijo, en el momento del nacimiento ó hasta tres días después, y los abuelos maternos que para ocultar la deshonor de la madre cometiesen el mismo delito, serán

castigados con penitenciaria de tres á seis años". De los términos *ocultar su deshonra* se desprende la necesidad de investigar la existencia de dos condiciones ó circunstancias de hecho sin las cuales será improcedente la calificación de infanticidio. Es necesario que la autora del delito sea mujer honesta ó tenida generalmente como tal : para que pueda admitirse una excusa fundada en la necesidad de salvar la honra, es indispensable que haya una honra que salvar. No podría, pues, tratarse de infanticidio cometido por una mujer de vida manifestamente libre y licenciosa.

La otra condición es la de que sea verosímil la necesidad de ocultar la deshonra. Si se trata de una mujer seducida y por cuya seducción fué procesado el amante á instancia de la ofendida ó de sus padres, no habría una deshonra que ocultar, por ser la pérdida de su honra manifestamente pública al ser materia de un proceso. No habiendo un secreto que guardar no puede admitirse una calificación que tiene su razón más manifiesta en el estado de sobreexcitación de ánimo en que puede encontrarse la madre para quien el nacimiento del hijo es la prueba evidente de su deshonra. Esa sobreexcitación de ánimo que es el motivo fundamental de esta calificación especial, siempre que aparezca, determinará la aplicación del artículo 100, y no una circunstancia atenuante en la aplicación del 94. Así lo reconoció la jurisprudencia española. "Si de los hechos resulta, dice una sentencia del Tribunal Supremo, que la recurrente mató al hijo que sigilosamente dió á luz, sin auxilio ajeno, á los cuatro meses de contraer matrimonio y dentro de los tres días del acto del alumbramiento,

temerosa de la deshonra que en la opinión podía resultar de la notoriedad del parto, la Sala al desconocer la eficacia legal que esta circunstancia debía ejercer para la calificación del delito, y al considerarlo como parricidio, según el artículo 417, infringe éste que á todas luces supone que la muerte del hijo por la madre no reconozca por móvil el evitar la deshonra, condición que entra como modificativa para la sanción penal del infanticidio : error que hace más patente la circunstancia de que como atenuante genérica se admite la de haber obrado la procesada por estímulos tan poderosos que la produjeron arrebato y obcecación; pues no siendo otros esos estímulos que los del temor de ver menguada su honra, entran como elemento esencial por la ley expresada al describir el delito de infanticidio" (1).

Resulta también de lo que precede la necesidad de que la prole de que se trate sea ilegítima, puesto que sólo de esta circunstancia puede depender la deshonra de la madre.

478. Los términos "en el momento del nacimiento", que son los que también emplea el código penal belga, han dado lugar á Nypels á una observación : "La expresión en el *momento de su nacimiento*, dice, no es la expresión exacta en relación con la realidad; se hubiera necesitado decir *durante su nacimiento* ó mejor aún *durante el parto*. En efecto, el nacimiento, resulta del parto, no se efectúa en un momento. Los trabajos del parto comienzan con los primeros dolores que se manifiestan en la madre, pueden prolongarse durante un tiempo bastante

(1) PANTOJA, *Jurisprudencia criminal*, Apéndice 3º, página 252.

largo ó no cesan sinó cuando el hijo está desprendido de la madre por la sección del cordón umbilical. Es sólo en ese momento que puede decirse que el hijo ha nacido. Esto no obstante, pienso que habría infanticidio en cualquier momento en que el hijo hubiera sido muerto durante todo el tiempo de los trabajos del parto y por consiguiente aun cuando la cabeza del hijo no hubiera salido del seno de la madre. No es posible, pues, tomar literalmente las palabras en el momento del nacimiento del hijo" (1).

Carrara dice también á este respecto que la ciencia moderna ha debido agregar á la definición del infanticidio las palabras de *niño naciente* para cortar toda disputa entre los juristas y los médicos legistas sobre el caso especial de un niño muerto en el momento mismo en que nacía y antes de estar completamente desprendido del vientre materno; y agrega que, aun cuando bajo el punto de vista fisiológico no pueda llamarse *niño ni nacido* al que está *naciendo*, es indispensable que la ley desembarace de estos ambages y exprese que equipara el *naciente* al *nacido* (2).

479. En nuestro Código sólo cae bajo la calificación de infanticidio la muerte del niño en interés de la honra de la madre, ejecutada por ella ó por sus padres. En el nuevo código italiano se reconoce que el nacimiento de un niño puede deshonar no sólo á la madre, sino á otros parientes próximos, é incluye en la calificación la muerte dada para salvar el honor propio, el de la

(1) NYPELS. *Code pénal belge interprété*, tomo 2º, página 295.

(2) *Programma*, § 1225 y nota número 2.

mujer ó de la madre, de la hija ó de la hermana; y puede, en muchos casos ser exacto que se mate al niño en la grave perturbación de ánimo que pueda causar en el padre, el hermano ó el marido, la vista de un ser que será el acusador permanente del ilícito comercio y la amenaza del deshonor para él y para la propia familia (1).

En este sentido lo ha dispuesto también el código penal uruguayo, en cuyo artículo 330 equipara el infanticidio cometido por la madre al que cometan los padres legítimos, naturales ó adoptivos y el marido, el hijo ó el hermano, con el fin de ocultar la deshonor de la hija, de la esposa, de la madre ó de la hermana. Por mi parte, creo aceptables los motivos expuestos por Zanardelli, en la transcripción precedente para fundar la disposición del código italiano.

(1) ZANARDELLI, *Relazione ministeriale*, CXLV.

CAPÍTULO III

ABORTO

(Artículos 102 á 106)

480. Acepciones diversas de la palabra *aborto*. — 481. Motivos para no aceptarlas. — 482. Fundamento de la imputabilidad del aborto. — 483. Exacta definición de Carrara. — 484. No es aborto la expulsión del feto no seguida de la muerte del mismo. — 485. Elemento moral del delito. — 486. No hay delito cuando la expulsión se provoca para salvar la vida de la madre. — 487. Grados de gravedad del delito. — 488. No están consignados con claridad en la ley. — 489. Criterios de gravedad adoptados por los códigos extranjeros. — 490. Qué debe entenderse por violencia en el aborto. — 491. Violencia ejercida sin propósito de causar aborto. — 492. Insuficiencia de la pena impuesta para este caso. — 493. Aborto causado por culpa ó imprudencia. — 494. Aborto causado por la embarazada ó con su consentimiento. — 495. Tentativa de aborto. — 496. Razones para no castigar el aborto intentado por la madre. — 497. Opinión y jurisprudencia en Francia. — 498. En nuestra ley no hay excepción alguna á la punibilidad de la tentativa de aborto. — 499. Atenuación derivada de la naturaleza del impulso á delinquir. — 500. Debiera extenderse al causado por los padres de la mujer embarazada. — 501. Agravante derivada de la profesión del que causa el aborto. — 502. Agravante de la muerte de la embarazada.

480. El artículo 102 del Código Penal castiga el *aborto causado maliciosamente*.

Hay aborto, en términos generales, siempre que el producto de la concepción es expelido del útero antes de la época en que debiera serlo naturalmente. Pero en la ley penal la palabra usada para denominar el delito debe tener necesariamente una acepción distinta. Los médicos legistas aceptan generalmente como definición de este crimen la expulsión del producto de la concepción provocada voluntaria y prematuramente.

Sobre este particular dice el médico legista Mata : “Sólo advertiremos para mejor inteligencia de lo consignado en el código penal, que, en jurisprudencia, la palabra *aborto* no tiene la misma acepción que en medicina ó tocología. Los jurisconsultos llaman aborto al uso voluntario de los medios para conseguir un mal parto, *con el fin de que perezca el feto*; al paso que los tocólogos la definen diciendo que el aborto es la expulsión del feto y sus dependencias antes de ser viable, es decir antes de los siete meses” (1).

Según Tardieu, cualesquiera que sean las circunstancias de edad, de viabilidad y aún de formación regular del feto, que *esté vivo ó muerto*, que haya llegado á la época de la viabilidad ó que no se encuentre sino en los primeros tiempos de su formación, las condiciones físicas ni las condiciones intencionales ó morales del aborto podrían cambiar (2).

La acepción de Tardieu resulta más extensa que la de Mata, ó por lo menos más explícita : al paso que el

(1) MATA, *Medicina legal*, tomo 1º, página 607.

(2) TARDIEU, *Etude médico-légale sur l'avortement*.

primero se refiere al uso de medios dirigidos al fin *de que perezca el feto*, lo que demuestra la necesidad de que el feto estuviera *vivo* en el momento de ejecutarse el delito, es para el segundo indiferente que el feto haya estado vivo ó muerto.

481. Sin embargo, ni una ni otra acepción debiera adoptarse. Para fundar la punibilidad del aborto se debe pensar, como respecto de cualquier otro delito, cuál es el daño que produce, cuál es el derecho afectado que requiere una protección de la ley penal. El derecho afectado por el delito es el derecho á la vida que la moderna organización social reconoce en todo organismo humano. Esta protección á la vida, que un sentimiento común en los países más civilizados va extendiendo á toda existencia animal, la sociedad la siente y la quiere para el embrión lo mismo que para el hombre ya nacido. No será el mismo el grado del delito cuando se extingue la vida del hombre que cuando se extingue la del feto; va de uno á otro la distancia que media del ser, á la esperanza del ser; pero el objeto de la protección social es el mismo: la vida, que aparece desde la concepción.

482. Este fundamento doctrinario es el que acepta en general la legislación. El capítulo *Del aborto* está consignado en muchos códigos bajo el título de *Delitos contra la vida*; en otros, como en nuestro Código y en el italiano, bajo el título de *Delitos contra la persona*. No podría, pues, aplicándose estos códigos, hablarse del delito de *aborto*, donde pudiera comprobarse que el feto estaba *muerto* al ejecutarse el delito: no habría allí un delito contra la *vida*, porque ésta no podría ser ofendida

en el feto *muerto*; no habría un delito contra la *persona*, porque la personalidad presupone la vida. La intención dañina que revelaría el agente del delito no bastaría para fundar la imputabilidad. La ley penal no castiga la intención, sino en la *tentativa*. No castiga la tentativa sino cuando hay principio de ejecución del delito, y no castiga el principio de ejecución cuando ha habido absoluta imposibilidad material de que el delito se consumara. Así, los actuales principios y reglas del derecho penal no admiten la posibilidad de la *tentativa del homicidio* contra un cadáver; no pueden, en consecuencia, admitir la posibilidad de una tentativa de aborto, esto es de un delito *contra la vida*, ó *contra la persona*, donde no existiera ni la vida ni la persona.

483. De todo lo que precede se deduce que debe tenerse como enunciación más exacta del delito de *aborto* la definición que da Carrara, comenzando por calificar este delito de *feticidio*: la muerte dolosa del feto en el útero, ó su violenta expulsión del vientre materno, que haya tenido por consecuencia la muerte del feto (1). Pincherli, da una definición más breve y no por eso menos exacta: "el aborto, llamado también *feticidio*, es la muerte dolosa del feto" (2).

484. Una consecuencia inmediata de estos principios es la de que no podrá calificarse como delito de aborto la expulsión procurada del feto, que no haya sido seguida por la muerte del mismo.

Habría, sin embargo, que distinguir en estos casos si la criatura vivió, ó no murió á consecuencia del parto

(1) *Programma*, § 1252.

(2) *Manuale di diritto penale*, 666.

prematureo, ó si su muerte tuvo esta causa, aunque no la siguiera inmediatamente.

En el primer caso faltaría aún la calificación de tentativa de aborto, porque siendo elemento esencial de este delito la muerte del feto y no bastando su sola expulsión para demostrar la intención de matarlo, el acto del agente no tendría relación directa con la esencia material del delito (1).

En el segundo habría el concurso de la intención y del daño que constituyen los elementos de este delito (2).

485. En las palabras arriba transcriptas del artículo 102 se ha visto que el Código castiga el aborto *causado maliciosamente*.

Podrían aparecer superfluos estos términos, pues que la voluntad criminal es una condición general para la existencia de todo delito en el sentido estricto de esta palabra, y no sería absolutamente indispensable que se repitiera esa circunstancia. Si no ha habido malicia, si de las circunstancias de la causa resulta que no hay voluntad criminal, la razón de toda imputabilidad desaparece, sin que pueda presumirse el peligro de que se califique de delito el hecho no malicioso.

Pero teniendo la palabra *aborto*, como se ha demostrado, una acepción propia del derecho penal y distinta de la del lenguaje ordinario, se ha creído necesario consignar en la ley de una manera especial la concurrencia de la voluntad criminal en este delito. También el código español observa al determinar la punición de algunos

(1) En el mismo sentido, CARRARA, *Programma*, § 1255.

(2) Ibidem., § 1256.

delitos el sistema de consignar expresamente la voluntariedad del acto.

Por otra parte, el artículo 103 coloca como delito el aborto producido por violencia, pero sin intención de provocarlo, esto es, sin voluntad criminal, sin malicia, cuando el estado de la paciente fuese notorio ó le constare; y éste puede ser otro motivo más para que se haya creído necesario hacer especial referencia á la *malicia* en el delito.

486. Este término *maliciosamente* es más propio que el *de propósito* usado por el código español. El aborto puede causarse de *propósito* y no ser, sin embargo, justa la imputabilidad. Sucedería esto en el caso en que la expulsión del feto fuera provocada en interés de salvar la vida de la madre. Sobre este punto se ha discutido con ardor entre teólogos y médicos legistas, pero está definitivamente adoptada por la ciencia la irresponsabilidad del médico que produce el aborto con aquel objeto.

487. Por el artículo 102 los criterios de gravedad del delito del que causa el aborto, son [dos: el empleo de medios violentos; el consentimiento de la mujer embarazada.

De esto, pueden resultar cuatro situaciones distintas:

Aborto sin consentimiento	{	a) con medios violentos.
		b) con medios no violentos,
Aborto con consentimiento	{	c) con medios violentos.
		d) con medios no violentos.

488. El artículo no se refiere, sin embargo, claramente á todas estas situaciones. El inciso 1º impone la pena de

tres á seis años de penitenciaría si se ejerciere violencia sobre la mujer embarazada. ¿ *Con* ó *sin* su consentimiento? Puede afirmarse, porque *así parece* desde luego, y porque el inciso 3º, al hablar del consentimiento de la mujer, no distingue respecto de los medios empleados, que el inciso 1º se refiere á la violencia *sin consentimiento*.

Pero el inciso 1º se ajusta al solo criterio de la violencia, sin expresarse sobre el consentimiento; mientras que el tercero se ajusta al del consentimiento, sin distinguir respecto de la violencia. En un caso de aborto procurado violentamente, *con* consentimiento de la mujer, correspondería en razón de la violencia aplicar el inciso 1º, y en razón del consentimiento aplicar el 3º

La redacción del inciso 2º no ofrece ningún elemento para resolver la duda de que acabo de tratar. Refiriéndose al caso en que el aborto se causare sin consentimiento de la mujer, se emplea la frase "*aunque* no se ejerza violencia". La propiedad de la redacción exigía para fijar los caracteres precisos del hecho de que se trata en este inciso y establecer la verdadera diferencia que tiene con el caso de la violencia, que se hubiera dicho "*cuando* no se ejerza violencia".

489. En general muchos códigos se limitan á adoptar como criterio de gravedad en el delito de aborto, la existencia ó no existencia del consentimiento de la madre, sin tomar en consideración la naturaleza de los medios empleados. Entre ellos el nuevo código italiano adopta este sistema porque considera inútil, dice Zanardelli, indicar si los medios son internos ó externos, con tal que la expulsión del feto no haya sido natural

sino provocada ; si el objeto de la ley al calificar de delito el aborto procurado, es solamente el de proteger el cumplimiento de las leyes naturales de la vida en la existencia del feto, es poco justificada la mayor severidad respecto de tales ó cuales medios de ejecución del hecho ”.

490. Podría creerse que la violencia de que habla el inciso 1º, sea la fuerza física ó moral que agrava en todos los casos el delito, y suprime la voluntad del paciente ; y no el uso directo de la fuerza como causa inmediata del aborto, de modo que sería el aborto con violencia de que habla el inciso 1º, el que se causara obligando con amenazas á la mujer á beber la poción que la hará abortar. Pero creo que no debe confundirse la circunstancia general de agravación con un elemento diferencial, particular de este delito, y que debe tomarse la violencia sólo como el uso de *medios violentos* aplicados directamente á producir el aborto. En los artículos siguientes se usa también las palabras *violencias* y *violentamente*, no en el sentido general de toda fuerza física ó moral, sino en la expresada acepción de medios violentos que causen directamente el aborto, que es el sentido en que se emplea generalmente en la legislación.

491. El artículo 103, dice : “ será castigado con arresto de seis meses á un año el que *con violencia* causare un aborto sin que haya tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuese notorio ó le constare ”.

Esta disposición es análoga á la del artículo 426 del código español y á la del 349 del código belga.

La ausencia de propósito en causar el aborto no bastaría para que el aborto entrara en la calificación de culpable, cuando se ha ejercido una violencia *voluntaria* en la mujer. Lo que ocurre en tal caso es que el agente ha ejecutado un mal superior á su intención, y que haciéndosele responsable por todas las consecuencias de su acción dolosa, se deba en justicia computar la atenuante de no haber tenido intención de causar todo el mal producido.

492. Legislando el artículo para el caso en que el estado de embarazo de la paciente fuese notorio ó constara al agente, la pena que aplica es reducida, por no ser otra que la que por disposición del artículo 18, inciso 2º, se aplicaría al aborto culpable; y el caso propuesto me parece de mayor gravedad. Al que hiere á otro sin propósito de matarle, y sin embargo le mata, se le imputa el delito de homicidio, con la atenuante de su intención menos grave; pero no se equipara su imputabilidad á la del mismo mal causado por mera imprudencia. Otro tanto debiera ocurrir en este caso. La posibilidad de causar aborto ejerciendo violencias en una mujer cuyo estado de embarazo es notorio ó consta al agente, es tan manifiesta, que puede tenerse por consecuencia tan probable de la violencia como la muerte es consecuencia de las heridas.

493. Carrara (1) sostiene que no atribuyendo la ciencia moderna el título de *feticidio* sino donde concurre la *intención dirigida* á la muerte del feto, donde ésta falte, el daño causado cae bajo otra calificación, y

(1) *Programma*, § 1260.

en el caso propuesto, bajo la de lesión gravísima.

He sostenido en otra parte que la culpa ó imprudencia debe legislarse como delito especial; pero en tanto se la tenga como una disposición general que modifique la imputabilidad de cualquier delito, como en nuestra ley, no encuentro inconveniente la calificación de aborto causado por culpa ó imprudencia. Encontraría yo especialmente esta calificación tratándose, por ejemplo, del médico que adoptara como tratamiento de una mujer casada ó que hubiera sido madre, ó que pudiera presumirse embarazada, una medicación que en caso de embarazo pudiera producir el aborto.

494. El artículo 104 se refiere al delito de la mujer que causa su aborto por su propia acción ó por acción de otro con su consentimiento, castigando el hecho con prisión de uno á tres años. El artículo, tomado del código español de 1850 (1), era también el primero del título respectivo en el código Tejedor; pero en ninguno de estos dos antecedentes, ni en el código español reformado de 1870 (2), se ha limitado la ley á prever el caso de que el aborto fuera causado *violentamente*. Si se ha querido significar con ésto que el aborto era *procurado* y no *natural*, me parece que se ha usado un lenguaje impropio y que se ha olvidado que es regla de buen estilo en las leyes no usar de una sola palabra en diversos significados. Pienso que la intención del legislador no ha sido la de castigar en la mujer sólo el aborto procurado por medios violentos, sino por cualquier medio, porque en el hecho y no en los medios de ejecución está la delincuen-

(1) Artículo 339.

(2) Artículo 427.

cia : pero creo difícil resolver lo contrario con el texto legal.

También hubiera exigido la propiedad de la redacción de este artículo que no resultara inmediatamente de su lectura que comete delito la mujer que consiente en que otro le cause el aborto, pues tampoco está el delito en el mero consentimiento, esto es, que no es delincuente la mujer cuando ha consentido, mientras el aborto no ha sido procurado. Con más propiedad, dice el código italiano, “ la mujer que por cualquier medio empleado por ella *ó por otro con su consentimiento*, etc.

495. Con motivo de este artículo, una nota del código Tejedor suscitaba una cuestión de las más discutidas. Por esta disposición, decía, no se castiga la tentativa de aborto, y demostraba à continuación con un párrafo de Chauveau Adolphe, que la intención no podría probarse, porque el cómplice y la mujer podrían negarla ante la ineficacia de los medios demostrada por los resultados, y que por otra parte las indagaciones al respecto expondrían á la mujer á las más vergonzosas pesquisas, haciendo depender el honor de las familias de los indicios más inciertos.

Corre agregada esta nota de Tejedor á la edición anotada del código actual ; pero no es difícil convencerse de que ni en el código Tejedor ni en el actual hay disposición alguna que prohíba inquirir y castigar la tentativa de aborto.

Tejedor decía al pié del artículo que con él no castigaba la tentativa, pero esto mismo podía ser dicho al pié de cada una de las disposiciones de la parte especial. Una regla de la parte general, aplicable á toda tentativa,

no puede considerarse derogada para un caso determinado, sin una excepción expresa, y tal excepción de ninguna manera resultaba ni resulta de la letra de la disposición.

496. Racionalmente, es indiscutible la existencia de la tentativa de aborto. Tampoco aparece obstáculo alguno á la conveniencia de castigar la tentativa de aborto ejecutada por un extraño; pero respecto de la punibilidad de la tentativa de aborto ejecutado por la embarazada, la doctrina común de los criminalistas decide la inconveniencia de todo castigo.

Desde luego, habría respecto de la tentativa de aborto las mismas razones que respecto de los delitos contra la honestidad para no acordar al ministerio público la acción para perseguirlos, por cuanto el juicio que se iniciara por tentativa de aborto llevaría el escándalo y la turbación á una familia, sin utilidad apreciable para la sociedad, que no se sentiría muy alarmada por una ineficaz tentativa de aborto.

Por otra parte, además de la posible dificultad para apreciar la idoneidad de los medios empleados en la tentativa de la madre, habría que tener como importantísima circunstancia de atenuación el estado de ánimo y la excitación nerviosa de la mujer embarazada que se decidiera á destruir la esperanza de la maternidad. Este último motivo, si pierde en algo su importancia cuando el delito se ha consumado, debe mover suficientemente al legislador para inclinarse á la impunidad cuando la tentativa no ha sido seguida de efecto.

497. Esta materia, muy discutida en Francia con motivo de la redacción ambigua del artículo 317 del códi-

go penal, ha tenido distinta solución en la opinión de los juristas y en la de los tribunales. En tanto que la completa mayoría de los escritores sostiene la impunidad de la tentativa de aborto ejecutada por la embarazada; la Corte de Casación se ha pronunciado por el castigo de la tentativa.

498. Pero en la ley argentina, no resultando de ningún texto la posibilidad de una excepción á las reglas generales de la tentativa, no podrá promoverse discusión sobre si la tentativa de aborto es ó no punible. El castigo procederá siempre, según el texto legal.

499. La naturaleza del impulso á delinquir determina una atenuación de la mayor importancia, que ha debido ser reconocida por el legislador. Si el aborto se causare por ocultar la deshonor, dice el mismo artículo 104, la mujer que lo causare será castigada con el minimum de la pena, un año de prisión.

500. Esta atenuación ha debido ser extendida aún á los padres de la mujer que causa el aborto.

A este respecto observa Pacheco: "¿Qué diremos si el aborto fuere causado por los padres de la mujer, y con el propio objeto que en ella se ha reconocido como posible, el de ocultar la deshonor? ¿Confundiremos á esos delincuentes con cualesquiera otros extraños y les impondremos en sus respectivos casos la reclusión temporal ó la prisión mayor? Esto pugnaría, no puede menos de reconocerse, con el sistema adoptado en el caso de infanticidio. Allí vimos cómo esa causa de la ocultación se tenía en cuenta como muy poderosa, tratándose de los abuelos. ¿Cómo es, pues, posible no tenerla aquí, cuando puede obrar de la misma suerte,

y confundir, por tanto, al padre de la mujer embarazada, con cualquiera otro que la haga abortar por causas muy diversas?"

El nuevo código italiano reduce la pena á la mitad cuando el aborto ha sido procurado para salvar el honor propio ó de la mujer, de la madre, de la hija ó de la hermana.

501. La calidad de médico, cirujano, partera ó farmacéutico, en el que causa el aborto, es circunstancia de agravación. La pena sube á la de tres á seis años de penitenciaría é inhabilitación por doble tiempo.

La ley usa propiamente los términos "que abusen de su profesión", porque debe entenderse que no pueden ser perseguidos cuando el aborto hubiera sido necesario para salvar la vida de la madre puesta en peligro por el embarazo ó el parto.

502. El artículo 106 está tomado del código Tejedor, conservándose aún la pena fijada por éste. Pero no se ha tenido en cuenta que esa pena era mucho mayor que la del aborto en cualquier caso, y que alzándose la de éste, correspondía alzar la pena por muerte causada á la mujer que se quiso hacer abortar. Por nuestro artículo, la pena en caso de muerte de la madre es la misma que la del aborto con violencia, *sin muerte* de la madre, en *su maximum*, con lo que también se incurre sin necesidad en la determinación de una pena fija.

La distinción que reclamo ha sido también consignada en el artículo 364 del código italiano: en tanto que la pena del aborto es allí de treinta meses á cinco años de reclusión, ocurriendo la muerte de la madre, la pena se eleva á la de quince á veinte años de reclusión.

CAPÍTULO IV

DUELO

(Artículos 107 á 118)

503. Legislación concordante con el Código.—504. Inejecución de las leyes sobre el duelo.—505. Su inutilidad.—506. En qué sentido podría intervenir la ley en el duelo.—507. Argumento derivado de la naturaleza jurídica de la incriminación del duelo.—508. Reglamentación del duelo.—509. Justificación de mi doctrina.—510. Exposición de la ley. Medida preventiva de los duelos.—511. La intervención de padrinos es esencial á la calificación de duelo.—512. Penalidad del duelo con intervención de padrinos.—513. Penalidad de los que se batan sin padrinos.—514. Crítica de estas disposiciones.—515. Penalidad del que instiga á provocar ó aceptar un duelo y del que desacredita al que lo rehusa.—516. Penalidad del que se propone en un duelo un lucro ú otro objeto inmoral.—517. Penalidad del que falta á las condiciones establecidas.—518. Circunstancias agravantes del duelo.—519. Circunstancias atenuantes.—520. Penalidad de los padrinos.

503. Este capítulo sigue principalmente al código español, y subsidiariamente al código Tejedor. Como

institución teórica, poco ó nada habría que observar en contra. Como minuciosidad en la legislación de la materia, bastará recordar que es el capítulo más extenso de la parte especial. En doce artículos con sus respectivos incisos están previstos y prudentemente penados quizás todos los casos y circunstancias posibles de este delito. La primera observación que ofrece la comparación de los tres códigos, y que constituye la más notable diferencia entre el Código y el proyecto Tejedor, es que la provocación á duelo, que constituía un delito *por sí*, y daba lugar á juicio, solo autoriza hoy una medida preventiva. Por lo demás, las disposiciones son claras, y cualquier duda puede ser explicada por los comentaristas españoles ó por las notas del Dr. Tejedor.

504. Por mi parte debiera renunciar á la infructuosa tarea de comentar tan artístico como inútil capítulo del Código. No ha sido menester el transcurso de muchos años para demostrar que la prolija tarea del legislador y todo el poder de la ley no son bastantes para desarraigar un hecho social perfectamente conforme con las condiciones del pueblo para que se legislaba, sea ó nó preocupación vituperable la que le dé existencia. En el corto tiempo que el Código lleva de vigencia, no ha cambiado, respecto del duelo, ninguna de las circunstancias que impedían su represión, y varios duelos, con desgracia ó con fortuna, han confirmado la opinión que al fin deberá prevalecer en todas partes: es imposible erigir el duelo en delito y perseguirlo como tal. En un duelo de consecuencias lamentables, y entre jóvenes distinguidos por todos conceptos, duelistas y padrinos, la autoridad policial de la Capital de la República, detuvo

á los duelistas y les exigió palabra de honor de desistir de su propósito. Prometieron que no molestarían nuevamente la atención de la autoridad... y fueron á batirse en otra jurisdicción, pagando uno de los combatientes, con la vida, el tributo á lo que se llama preocupación social. En otro duelo, felizmente sin daño que lamentar, los combatientes disparan siete veces sus armas, antes que la autoridad policial intervenga; y, sorprendidos los duelistas en el terreno, y llevados á la comisaría, declaran que se entretenían en tirar al blanco... y la autoridad policial acepta formalmente esta explicación! Por último, van al terreno dos senadores de la Nación. En estos casos la ley ha sido burlada; toda su prolija articulación se ha quebrado en manos de los mismos encargados de velar por su aplicación; y esto que hoy ocurre, es lo mismo que sucedía bajo el código Tejedor; lo mismo que ocurría bajo la severísima legislación española; lo mismo que ha sucedido en todas partes y siempre que la ley ha querido contener el duelo, sea por medio de penas terribles, sea creyendo que el mal estaba en la gravedad de las penas, y proporcionándolas y suavizándolas en mira de obtener su aplicación. Nuestra ley está en estas últimas condiciones, lo está la española, lo está la italiana, y ni entre nosotros, ni en España, ni en Italia, deja de ser burlada la ley que persigue el duelo. Pienso que es con razón que en todo tiempo se resistió en Francia la ley sobre esta materia.

505. El duelo se encuentra, pues, hoy en la categoría de los hechos de cuya inmoralidad todos los legisladores se han convencido; pero en contra de los cuales son

impotentes todas las leyes. El código Tejedor y muchos otros códigos penaban y penan el suicidio, que colocan en el número de los delitos contra las personas; pero esta vana intromisión del legislador en esferas que escapan á su dominio, ha tenido que quedar como no escrita en las leyes. En otro orden de hechos, siempre que las leyes y reglamentos se han dirigido á perseguir y suprimir la prostitución, ésta ha tomado proporciones desordenadas, y todo el empeño de los perseguidores lejos de disminuir ha agravado el mal. En algunos países el poco respeto á la propiedad ha hecho mirar con indiferencia el robo; en otros, los homicidas ó los heridores contaban con el apoyo de la opinión. El legislador no puede reformar de súbito las costumbres ó las ideas; tiene que auxiliar su modificación, pero no imponerla, porque aquélla tiene que operarse por los medios naturales del progreso general, no por la *revolución*, sino por la *evolución*. La ley tiene que renunciar á reprimir el suicidio, porque éste queda fuera del alcance de toda pena humana y justa; tiene que renunciar á suprimir la prostitución, porque éste es al fin un mal necesario, especialmente en las grandes ciudades, para evitar una mayor descomposición de las costumbres; tiene que transigir con ciertos hechos y dirigirlos en el sentido mejor para su gradual extinción. Entre nosotros, por ejemplo, las penas por las lesiones son relativamente leves, y muy leves comparándolas con las penas que les son aplicables en otros países; pero tan explicable encontramos el uso de armas, que obtendríamos peores resultados agravando las penas.

506. Todo esto me lleva á pensar que la ley no debe re-

primir el duelo, ni declararlo delito, porque no es tal en la opinión; porque lo contrario piensa todo el que necesita, de la ofensa recibida, una reparación que la sociedad no le puede dar. Toda ley tendente á reprimir el duelo carecerá de todo prestigio; será una ley contra sentimientos tenidos por honrosos y caballeroscos, y no es la ley por cierto la que debe definir á cada uno lo que ha de entender por honor. Pero la ley podría evitar que á pretexto de duelos se perpetren verdaderos homicidios; que la inexperiencia ó agitación de los padrinos, establezca condiciones altamente perjudiciales; que los preceptos de ceremonial y de etiqueta, más rigurosos en esta materia (aunque frecuentemente ridículos), que al tratarse las más arduas cuestiones diplomáticas, echen por malos caminos una cuestión que sin esos pequeños detalles llegaría á término feliz; que la necesidad de guardar sigilo para evitar la intervención de la autoridad imponga una precipitación de que habrá con frecuencia motivos de arrepentimiento.

507. Cuando se procura clasificar el duelo en el número de los delitos, la primera duda que ocurre es la de saber si el duelo es un delito público ó privado, cualquiera que sea la importancia de esta división. Algunos códigos, el nuestro y sus concordantes, por ejemplo, miran solo el mal que inmediatamente puede resultar del duelo, y lo colocan en el número de los delitos privados, y de éstos, entre los delitos contra las personas. Olvidan que al daño recibido concurre la voluntad del que lo recibió, y que cuando no ocurre ninguno, no hay ataque al derecho de las personas y no habría por qué penar el duelo. Otros consideran el

delito como pública ofensa al Estado, en cuanto está encargado de administrar justicia para todos, en nombre de todos, y se le desprecia para procurar justicia por mano propia. Pero, si por una parte el carácter de delito privado desaparece principalmente porque hay recíproco acuerdo y consentimiento en concurrir al duelo, y ninguno de los combatientes hiere en esto el derecho del otro, por otra el carácter de delito público tiende á desaparecer, porque estando el duelo consentido por la opinión, la ley no tiene poder sobre las ideas generales que la constituyen y, teniendo que someterse á ella, queda burlada cuando quiere marchar contra ella. Si el provocado acepta el duelo, no hay delito privado; si la opinión consiente el duelo, no hay delito público. Pero así como es necesario el consentimiento expreso para que desaparezca el primero; debe requerirse el consentimiento de la autoridad, que representa al Estado, para lo segundo. En esto, como en muchas otras cosas, acertó la sabiduría de otros tiempos. Refiérese que, aun reinando Carlos I, se vió un ejemplo del combate solemne que autorizaban las leyes de Partida. Refiriéndose á la legislación sobre el duelo, dice con toda propiedad Pacheco: "Los legisladores mismos de aquellos tiempos tuvieron que ceder al torrente de unas ideas que no estaba en sus manos destruir. Ora fuese que las aprobaran, ora que se resignasen á su necesidad, tanto la Iglesia como el Estado se vieron en la precisión de tolerar el desafío, empleándole unas veces como legal, consintiéndole otras como resolución definitiva de cuestiones particulares. La Iglesia y el Estado obraron prudentemente, supuesto que eran tales las opiniones: sin

olvidar el combatir las por medios eficaces, caso de creerlas equivocadas, no podían prescindir de tomarlas en consideración y de atenderlas cuanto era forzoso en el régimen contemporáneo de los pueblos. *No se extinguen las ideas con la mera contradicción: no se combaten ni se anulan sus efectos con prohibir lo que ellas sancionan.* Cuando su dominio es general, yérrase gravemente si no se disculpan, ya que no se aprueben sus preceptos" (1).

Cierto es que ya no recurrirá á la lid para decidir, como en las orillas del Pisuerga, cuál era preferible entre dos liturgias; pero es innegable que todavía se entiende necesario correr al terreno llamado del honor para demostrar que no es cierta tal ó cual imputación ó demostrar que se rechaza la ofensa que contiene tal ó cual palabra. Esta diferencia de grados demuestra simplemente un progreso de las ideas; pero convence de que todavía tiene hondas raíces en la sociedad contemporánea la barbarie caballerezca, de que es manifestación el duelo, desconocido entre los griegos y los romanos. Si el duelo vive aún en la opinión, hay que repetir respecto de nuestra época lo que decía Pacheco de la antigua: no se extinguen las ideas por la mera contradicción, no se combaten ni se anulan sus efectos con prohibir lo que ellas sancionan. Por eso dice el mismo citado autor: "El desafío, como prueba, fué herido de muerte en cuanto hubo una justicia regular, y se conocieron medios más seguros de averiguar y calificar los hechos, desapareciendo juntamente de toda Europa,

(1) *Estudios de derecho penal*, página 142.

sin haber quedado el menor rastro de su existencia. No sucedió, no ha sucedido lo mismo con el desafío por causa de injurias ó de resentimientos particulares. Había circunstancias que le mantuviesen, no obstante toda la ilustración que adquirieron nuestras ideas; y esas circunstancias le han mantenido hasta ahora y no presentan apariencias de dejarle extinguir con mucha facilidad. Esta clase de duelo, prohibida al cabo por las leyes, pasó á ser un delito; pero la opinión pública le ha absuelto siempre de ese nombre, y *ha inutilizado cuantos actos de persecución prodigaron los gobiernos para ponerle fin.*" (1)

508. Reconocida la imposibilidad de hacer efectiva cualquiera legislación contra el duelo, y de constituirlo en delito, no queda al Estado otra misión que la de reconocer su existencia de hecho social no reprobado, y de reclamar en él la intervención que le corresponde y que en otras épocas tuvo. El duelo debe ser, en general, autorizado por la ley, con las restricciones que sea posible sin el peligro de que por su exceso se viole la ley. La división de los poderes que ha independizado el ejercicio de los relativos á la justicia pública, haría necesario confiar á los magistrados el poder de intervenir en los duelos, con auxilio del juicio de personas de cierta entidad social, y autorizar ó no ciertas condiciones, todo precedido de la invitación á convenientes explicaciones y seguido de la presencia de representantes de la autoridad en el momento del duelo, para verificar el cumplimiento de aquellas condiciones.

(1) Obra citada, página 144.

509. Los que me hayan leído hasta aquí sin sentirse alarmados por la *inmoralidad é inconveniencias* de esta doctrina, sabrán que á toda observación sobre la conveniencia de la imputabilidad del duelo, puedo contestar siempre con el hecho que me sirve de punto de partida. ¿ Cuándo se ha hecho efectiva la penalidad del duelo ? ¿ Hay acaso otra disposición de la ley que haya sido violada de manera más absoluta ? ¿ Hay cosa más inmoral é inconveniente que la burla constante de la ley, á ciencia y conciencia y aún con intervención de los mismos que deben hacerla cumplir ? Yo sostengo la abolición de la pena de muerte, porque choca con los sentimientos de las clases más cultas de la sociedad, en las que miro el mejor elemento de civilización ; soy consecuente en mi manera de pensar, y pido la legitimación ó por lo menos la abolición de la incriminación del duelo, porque es este el medio extremo en que las preocupaciones sociales encuentran solución á las cuestiones de honor. Está probado que la pena de muerte y las penas del duelo no pueden aplicarse. ¿ Qué resta por hacer ? Suprimirlas. No creo estar en esto totalmente equivocado. Compárese con mi exposición estas palabras de Pacheco, comentando el artículo del código penal que castiga el duelo sin la asistencia de dos ó más padrinos: “ Quizás á este sólo y al que sigue habríamos nosotros limitado toda la acción de la ley en la presente materia. Impedir que se verifiquen desafíos sin la concurrencia y bajo las condiciones impuestas por un tribunal de honor : organizar éste indirectamente de tal modo que *no consienta ni autorice sino los duelos necesarios*; he aquí cual hubiera sido nuestro propósito teniendo que dictar

reglas, teniendo que ordenar la parte del código que nos ocupa”.

510. No obstante lo expuesto, y para no truncar el objeto de este libro, haré la relación suscinta de nuestra legislación sobre el duelo.

El artículo 107 del Código Penal autoriza una medida preventiva del duelo, prescribiendo que la autoridad policial ó judicial que tuviere noticia de estarse concertando uno, procedan á la detención del provocador y á la del retado, si éste hubiese aceptado el desafío, y no los ponga en libertad hasta que ofrezcan bajo palabra de honor desistir de su propósito.

Este artículo está tomado del código español de 1850. ¿Qué ha de hacer la autoridad, pregunta Pacheco, si el detenido no quiere ofrecer el desistimiento? ¿Ha de prorogar indefinidamente la detención? ¿Ha de convertir una medida de policía en una pena grave? Esto no es posible. Aunque el artículo no lo diga, esta detención no puede ser sino una cosa breve, y la razón lo dice y no deja lugar de dudarlo. Es una medida de policía, un apremio, y como tal debe limitarse. No creemos que ninguna autoridad detuviese á cualquier persona, por tal motivo más tiempo que el de una semana; y si lo hiciera la autoridad superior reformaría su exceso (1). Estas palabras, aunque procedan de tan reputado criminalista, no serán un consejo para nuestra magistratura. La detención deberá durar mientras el detenido no ofrezca bajo palabra de honor desistir de su propósito, porque la ley así lo manda, salvo que el duelo fuera im-

(1) PACHECO, *El código penal* etc., tomo 3º, página 90.

posible por una causa insuperable, por ejemplo, la muerte del desafiado. En ningún caso el funcionario debe corregir la ley que está encargado de cumplir.

511. De la disposición del artículo 108 resulta como condición esencial del duelo la intervención de dos ó más *padrinos mayores de edad que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío*. Es también en estas circunstancias que se entiende ordinariamente que existe el duelo. Aplicando análoga disposición del código penal español, el Tribunal Supremo ha declarado que el duelo, para los efectos jurídicos, no es la mera lucha y accidental pelea que de común acuerdo se produce entre adversarios, sean cuales fueren sus consecuencias, sino el concierto serio, meditado y reflexivo entre dos personas que una de otra, ó mutuamente se suponen ofendidos, concierto en que intervienen además individuos designados por ambas partes, para, *por lo menos, arreglar las condiciones del mismo* (1). Esta última salvedad, de la que resulta posible el duelo sin asistencia de los padrinos al acto, siempre que éstos hayan elegido las armas y arreglado las condiciones, no aparece en la aplicación de nuestra ley. Nuestro artículo 109 no llama *duelo* al que se verifica sin padrinos.

512. El duelo que se verifica con la intervención de dos ó más padrinos mayores de edad que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, es *incriminado*, aunque no resulte muerte ni heridas graves, esto es, aun cuando no haya lesión alguna. La pena en estos casos es de seis meses á un año de arresto. Si

(1) PANTOJA, *Jurisprudencia criminal*. Apéndice quinto, página 383.

resultare muerte ó heridas graves, con pena de uno á tres años de prisión, al que las infirió.

513. Los que se batan sin la intervención de padrinos mayores de edad que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío serán, castigados : el que mata á su adversario, con la pena señalada para el homicidio ; el que cause heridas con la pena señalada para las heridas ; con la pena de uno á tres meses de arresto si no hubiese muerte ó heridas.

514. La comparación de las disposiciones que rigen los dos casos expresados se presta á serias observaciones. El artículo 108 castiga con arresto de seis meses á un año el duelo formal, si no ocurre muerte ó heridas *graves*. Esta clasificación de las heridas no está en la ley ; ella no dice qué son heridas *graves*. La práctica común tiende por tales, las del artículo 119 y las del 120, inciso 1º, en esto de acuerdo con la doctrina del artículo 431 del código español. Comparando la pena que establece el artículo 120, inciso 2º, con la de los artículos 108 y 109, resultará que una herida leve, en una lucha sin padrinos, podrá tener una pena menor (un mes de arresto), que si hubiera sido inferida en duelo formal. No habrá, sin embargo, por qué extrañar esto si se tiene en cuenta que se castiga con tres á seis meses de arresto á los que se batan sin padrinos, no resultando lesiones, y con pena de seis meses á un año á los que en el mismo caso se han batido con las formalidades mediante las cuales la ley tendría motivo para una imputabilidad menor. En el código español de 1850, así como en el reformado, la pena del duelo sin padrinos es siempre mayor que la del duelo con padrinos. No alcanzo el fundamento de nuestra ley para lo contrario.

515. Por el artículo 110 se declaran las penas en que incurre el que instiga á otro á provocar ó aceptar un duelo y el que desacredita públicamente á otro por no desafiar ó por rehusar un desafío: arresto de uno á seis meses si el duelo no se verifica; y si se verifica, con la pena señalada para el duelo según las consecuencias y condiciones en que se realice. Es una disposición acertada que podrá contener á más de un desvergonzado de los que quieren hacer ostentación de pundonor tratando de cubrir con ella su degradada miseria. El código español equipara el hecho de desacreditar públicamente al que rehusa un duelo con la injuria grave, porque lo es en efecto. Nuestra ley debiera haber adoptado la misma disposición.

516. El móvil del duelo es siempre una cuestión de *honor*. La sociedad lo tolera y puede decirse lo mantiene como institución en razón de aquella circunstancia. El hecho se hace odioso y repugnante si se desnaturaliza el objeto mismo del duelo, quitándole el carácter de cuestión de honra, en cambio de un móvil ruin. Por eso, la ley castiga al que provoca ó da causa á un desafío proponiéndose algún interés pecuniario ú otro objeto inmoral, imponiéndole la pena de uno á tres años de prisión si el duelo no se verifica; de penitenciaría de tres á seis años si se verifica el duelo y, no resultan heridas graves; con penitenciaría de diez á quince años si infriese heridas graves á su adversario; con presidio por tiempo indeterminado si le causa la muerte.

Ha sido observado, comentando el código español que contiene esta disposición, que los términos *objeto inmoral*, carecen de la fijeza que convendría para los resulta-

dos que se les atribuyen. Pero la ley es impotente para hacer una clasificación de los objetos del duelo que tendría por inmorales y de los que no reputaría tales. Pacheco entiende que esta idea de inmoralidad no se refiere á lo que nazca de las pasiones, sinó únicamente á lo que proceda de un cálculo infame. Esta misma idea se ha tratado de enunciar en el código italiano: “cuando el que provoca ó desafía á duelo, ó amenaza provocar ó desafiar, obre con el intento de obtener dinero ú *otra utilidad*”, fórmula que no enuncia con mayor claridad el concepto, porque la idea de *utilidad*, lo mismo que la de *inmoralidad* á que la ley ha entendido referirse, quedan libradas al criterio de los magistrados en la apreciación del caso.

517. Es también severa la ley con el combatiente que falta *deliberadamente, en daño de su adversario*, á las condiciones ajustadas por los padrinos. Impone la pena de penitenciaria de tres á seis años, si infriese heridas leves; de seis á quince, si las infriese graves, y de presidio por tiempo indeterminado si causa la muerte. Las penas en el caso de heridas son quizás excesivas y parecen inspiradas en la repugnancia de la odiosa traición.

En las mismas penas incurrén los padrinos que usaren de cualquier género de alevosía en la ejecución de desafío ó en el arreglo de las condiciones (1).

518. Son circunstancias agravantes del duelo y determinan la aplicación de las penas en su máximo: 1º haber injuriado al adversario y negádose á darle una satisfacción decorosa; 2º siendo provocador, negarse á

(1) Artículo 116.

explicar al adversario los motivos del desafío; 3° desechar las explicaciones suficientes á la satisfacción decorosa que diera el adversario; 4° el hábito de retar ó de buscar ocasión de reñir, si no probase el acusado que él no dió causa para el duelo.

519. Son circunstancias atenuantes que determinan la aplicación del minimum á la mitad de la pena: 1° siendo injuriado, no haber podido obtener de su adversario una satisfacción decorosa; 2° no haber podido obtener una explicación de los motivos del duelo; 3° batirse por haber desechado su adversario la explicación de los motivos del duelo ó la satisfacción decorosa del agravio.

Otro artículo agrega: el que se batiese por grave ofensa inferida á su esposa, á su padre, ó á sus hijos, sufrirá la pena inmediatamente inferior á la señalada en los artículos anteriores, es decir, á la que correspondería sin el concurso de esta circunstancia.

520. Los padrinos, son además, penados con prisión de uno á tres años si concertasen que el duelo fuese á muerte, y se verificase la de alguno de los combatientes; con arresto de seis á doce meses, si no se verificare la muerte de ninguno. En los demás casos sufrirán la pena de arresto de uno á tres meses; y quedarán exentos de toda pena si hubiesen hecho esfuerzos serios para impedir el duelo ó para prevenir durante el combate sus desagradables resultados.

CAPITULO V

LESIONES CORPORALES

(Artículos 119 á 121)

521. Crítica del método.—522. Elementos legales del delito de lesiones.—523. Relaciones entre el daño producido y la intención.—524. Ausencia de toda voluntad de dañar.—525. Intención superior al daño.—526. Concordancia perfecta entre la intención y el daño.—527. Dificultades cuando el daño es más grave que la intención, ó cuando la voluntad de dañar es indeterminada.—528. Sentido de la palabra *voluntariamente* usada en el artículo 119.—529. Imposibilidad de determinar la relación precisa entre la intención y el daño.—530. Necesidad de que la ley tuviera en cuenta el impulso á delinquir.—531. Lo mismo debió hacer respecto á las relaciones de parentesco entre el delincuente y la víctima.—532. Criterios adoptados sobre la gravedad de las lesiones.—533. Lesión consistente en sacar á otro los ojos.—534. Castración. Acepciones que admite.—535. Cuál entiendo por verdadera.—536. Observaciones sobre la gravedad del delito de castración.—537. Otras lesiones graves.—538. Mutilación de un miembro ú órgano principal.—539. Inutilización para el trabajo.—540. La incapacidad es, para el trabajo en general, no para el habitual del ofendido Fundamentos.—541. La de quehabla el artículo 119 debe ser

permanente y definitiva.—542. Deformidad notable.—543. Es imposible determinar con fórmulas exactas la gravedad de las lesiones.—544. Lesiones menos graves y lesiones leves.—545. Clasificación de las lesiones según Mata.—546. Lesiones en riña.

521. Se ha colocado las *lesiones corporales* en un título especial, distinto del título primero *delitos contra las personas*. He enunciado la crítica á que se presta este sistema. Si algo hay que ataque esencialmente á la persona, es precisamente la lesión corporal, ó más propia y correctamente, la lesión *personal*, como la llamaba Carrara, y con él el nuevo código penal italiano. Pero, sin insistir nuevamente en este detalle de método, examinaré las disposiciones de este título.

522. El código Tejedor traía por primer artículo de este título uno en que se contenía la definición ó enunciación de elementos constitutivos del delito de lesiones corporales: “el que sin intención de dar la muerte, pero con voluntad criminal ataque violentamente la persona de otro, se entregue á vías de hecho contra su cuerpo ó atente á su salud por lesión, heridas ó de cualquier otro modo, será culpable de lesión corporal, etc.” Toda esta definición es indudable que en la ley carecía de objeto. Si existía la intención de dar muerte, la calificación de tentativa de homicidio es indiscutible; si faltaba la voluntad criminal, las prescripciones generales de la culpa reclamaban su aplicación. Sin embargo de haberse prescindido de ella, en la redacción de la ley nueva se ha creído necesario decir que las heridas, los golpes, la administración de sustancias nocivas y cualesquiera otras

lesiones *cometidas voluntariamente*, etc., y en esto nuestro Código no se ha singularizado. El código español de 1850 decía: el que *de propósito* castraré á otro... cualquiera otra mutilación ejecutada igualmente *de propósito*...; el de 1870 ha conservado los mismos términos; el código austriaco dice: el que *con intención de dañar á otro* le hiera gravemente, etc. Pero, ¿tenía necesidad nuestro Código de haber dicho *cometidas voluntariamente*? ¿no es la voluntad criminal la presunción que acompaña á todo hecho calificado de delito, mientras no aparezca la presunción contraria, de las circunstancias particulares de la causa? ¿deberá desaparecer, tratándose de este delito, la presunción legal y requerirse *prueba* de que la lesión fué cometida voluntariamente? ¿tendrán estos términos el mismo alcance que los términos *de propósito* en el código español?

Hay ciertamente en esta materia muchas cuestiones á que no se puede contestar de una sola vez, y me imponen la necesidad de metodizar mi exposición.

523. Las lesiones corporales consideradas en cuanto á la relación entre el daño producido y la intención del autor, pueden asumir cinco formas diversas: 1ª falta de toda intención de dañar; 2ª concordancia perfecta entre el daño producido y la intención de dañar; 3ª exceso del daño producido con relación á la intención; 4ª intención superior al daño; 5ª intención indeterminada de dañar.

524. La ausencia de toda intención de dañar excluye la calificación de delito propiamente dicho. La parte general determina en el título de la culpa la responsabilidad del daño producido sin intención criminal, ó exime de toda responsabilidad lo que sea consecuencia del

mero accidente. A este respecto, no parece indispensable que la ley nos diga de un delito en particular que el hecho que lo constituye debe ser cometido voluntariamente.

525. La cuarta forma, intención superior al daño ó demostrada por actos exteriores aún en ausencia de daño, cae bajo las prescripciones generales de la tentativa: la leve lesión cuando se quiso matar ó castrar, será por las prescripciones de la parte general, castigada como tentativa de homicidio ó de graves lesiones.

526. La concordancia perfecta entre la intención y el daño no puede presentar otras dificultades que las de la prueba de la verdadera medida de la intención; pero dado el caso posible en que la intención respecto de un daño determinado apareciese probada, y lo fuera asimismo el daño, se encontraría el delito en sus caracteres más simples.

527. Si se halla fácil solución á los casos que podrían presentar la primera, segunda y cuarta de las formas enunciadas, no puede decirse otro tanto de la tercera y quinta: el daño producido ha sido más grave que la intención; la intención de dañar ha sido indeterminada, que es al fin el caso más común.

Si no se tuvo intención de causar todo el mal producido, se tendrá una circunstancia atenuante que autorizará á reducir la pena de la media al minimum.

Pero en el código español, que con tanta frecuencia es la fuente del nuestro, se ha dado á las palabras *de propósito* el sentido de que solamente se castigarán como lesiones graves ó como mutilación aquellas que fueron determinadamente inferidas con tal intención. “En es-

tos hechos, dice Pacheco, comentando aquellas palabras, son posibles dos intenciones, dos propósitos. Uno es el de herir, otro es el de mutilar; y en cualquiera de ellos puede resultar la mutilación efectiva.... Cuando se encuentre una herida que ha causado mutilación es preciso distinguir si el golpe iba expresamente dirigido para ésta, ó si era sólo una herida lo que se intentaba y procuraba: las penalidades son diferentes (1)."

Las anotaciones del Dr. Tejedor, lejos de dar luz en este punto para explicar el alcance de la ley, aumentan la confusión. Usando las palabras *voluntad criminal*, que corresponden á *cometidas voluntariamente* de la ley actual, dice: "ha de haber indudablemente ánimo de herir, porque la voluntad ha sido considerada siempre como un elemento necesario del crimen; sin excluir por esto en las heridas el caso de imprudencia ó culpa, que tiene lugar en los homicidios, ni tampoco su mayor gravedad, en caso de seguirse muerte. "La ferida es carrera de muerte, dice una ley de Partida, é non sabe el que la face á cuanto puede llegar." Á continuación de esta nota, de la que parecería deducirse la responsabilidad por el daño superior á la intención, se transcribe la precitada opinión de Pacheco. ¿En qué quedamos? El que en una riña priva á otro desgraciadamente de la vista, y demuestra que no pensó en este resultado, ni siquiera lo previó ¿será condenado con sólo la diminuyente de no haber tenido intención de causar todo el mal producido á la pena de seis años de presidio?

Basta esto para demostrar que los precedentes del Có-

(1) PACHECO, *El código penal*, etc., tomo 3º, página 46.

digo no pueden auxiliar en la solución de la cuestión; el primero, por usar en la redacción de términos distintos; el segundo, por no demostrar convencimiento de la solución en un sentido determinado.

El código italiano, en cambio, ha resuelto á su manera, pero terminantemente la cuestión: cualquiera que causa á otro un daño en el cuerpo ó en la salud, ó una perturbación mental que exceda en sus consecuencias á su intención, será castigado con la mitad á dos terceras partes de las penas establecidas en los artículos precedentes (1).

528. Pero el origen y objeto del término *voluntariamente*, que aparece en varios códigos, se encuentra en la legislación francesa y en la belga. A este respecto dicen Chauveau y Hélie: "en general la voluntad es una condición esencial de todos los delitos; pero aquí el juez está particularmente obligado á reconocerla y á declararla porque se trata de distinguir los golpes y heridas *voluntarias* de los mismos hechos ocasionados por imprudencia ó impericia. La ley modificativa del código penal, para hacer esta obligación más sensible creyó deber introducir en el artículo 309 la palabra *voluntariamente*; pero esta adición *superflua* no ha cambiado en manera alguna el sentido de la ley ya fijado por el título de esta sección que dice *heridas y golpes voluntarios*" (2). Nypels piensa que la voluntad requerida por el artículo 308 á 401 del código belga, no es la voluntad *determinada* de producir el mal que ha sido consecuencia de los

(1) Artículo 374.

(2) *Théorie du code penal*, número 1336.

golpes ó heridas, sino la voluntad *indeterminada* de dañar, la voluntad de *causar el mal*. (1)

Es en este sentido de la ley francesa y de la ley belga, que debe tomarse los términos “cometidas *voluntariamente*”, que emplea el artículo 119 de nuestro Código. No tienen otro objeto que distinguir las heridas *voluntarias* de las meramente *culpables*, y no el de autorizar una distinción sobre lo que haya de voluntario y lo que haya de meramente culpable ó accidental en las consecuencias de una misma herida. No es, pues, en el sentido de la opinión de Pacheco sobre los términos *propósito* del código español, que deberemos resolver los casos ocurrentes, aunque tal cosa pudiera creerse al ver transcripto á Pacheco al pié del artículo.

Tomadas en tal sentido, y dadas las prescripciones generales del Código sobre la voluntad criminal, la culpa y la tentativa, los términos *cometidas voluntariamente* carecen de importancia, y el único criterio á que se ajusta la penalidad del Código para las lesiones corporales causadas con voluntad determinada ó indeterminada de dañar, es el de la cantidad de daño que realmente fué producido, con la sola facultad de moderar la pena por la atenuante de no haber tenido intención de causar tanto mal.

529. Este sistema no aparece de acuerdo con las reglas comunes de equidad que la ley se empeña en seguir. Pero hay necesidad de ser justos con la ley misma, y no reprobarle la estrechez de sus disposiciones en facilitar soluciones equitativas. Muy especialmente en los delitos

(1) *Code pénal interprété*, tomo II, página 319.

contra las personas, lo accidental, el acaso, lo imprevisto, impiden las distinciones. Nada más cierto que lo que decía la citada ley de Partidas: “*la ferida es carrera de muerte, é non sabe el que la face á quanto puede llegar*”. El que tiene voluntad de herir y hiere, sabe que no podrá limitar las consecuencias de su acción á la medida de su voluntad. Pero pienso que la ley debiera dar mayor amplitud á los jueces para poder estimar lo que ha debido y podido preverse en las consecuencias de una acción y lo que ha escapado toda previsión.

530. La índole del impulso á dilynquir, cuya importancia se reconoce en el homicidio, debiera tener prescripciones correlativas al tratar de las lesiones corporales. Para este objeto, así como para considerar el grado de perversidad que se haya revelado en el delito, no creo suficiente la aplicación de las circunstancias atenuantes ó agravantes. Si consideramos que el mal material causado es siempre menor en las lesiones que en el homicidio y recordamos que uno y otro delito son de idéntica naturaleza en cuanto atacan á la persona, difiriendo en el grado, lógicamente debemos guardar las mismas reglas al estimar la gravedad respectiva, proporcionando consiguientemente las penas.

No sucede esto en nuestro Código. Imagínese que á consecuencia de provocación por “injurias ilícitas y graves” el ofendido toma una espada, y de una estocada deja muerto al provocador. Sería el caso de aplicar el artículo 97 del Código Penal y condenar al autor del hecho á la pena de *tres años de prisión*.

Supóngase, ahora, que en iguales circunstancias, el golpe fué dado de filo, y tuvo por consecuencia dejar al

herido inútil para el trabajo, impedido de algún miembro principal ó notablemente deforme; sería el caso del artículo 119, y la pena la de penitenciaria, que en el caso más favorable, sería reducida por la importancia de la provocación á tres años, pena siempre más grave que la de prisión, por un delito muy inferior.

531. Por otra parte, así como en el homicidio importa una agravación especial la calidad de padre, esposo ó hijo de la víctima (esta última en ciertos casos circunstancia atenuante) ó el uso del veneno, análogas distinciones debieran corresponder á la lesión personal. Algo así disponía el código Tejedor, y disponen el código español (1) y el francés (2), el belga y el nuevo código italiano.

Pero nuestro Código que comenzó por hacer de las *lesiones corporales* un título distinto de los *delitos contra las personas*, ha cerrado los ojos sobre la identidad de circunstancias en que estos dos hechos se producen. Pudo haberse seguido este consejo de Pacheco: “la legislación de heridas debe concordar plenamente con la de homicidio, y los casos en que sean cualificadas las primeras deben concordar con aquellos en que sean cualificados los segundos. Esto no ofrece dificultad de ninguna clase. Lo contrario produciría un desacuerdo, una disonancia, un yerro claro y palpable (3).

532. La gravedad del delito de lesiones tiene por medida las consecuencias materiales del hecho, con las

(1) Artículo 346 del de 1850.

(2) Artículo 312.

(3) *El Código Penal*, tomo 3º, página 57.

cuatro distinciones que resultan de los artículos 119 á 120:

1º Lesión que consista en sacar á otro los ojos ó castrarlo ;

2º Mutilación de miembro ú órgano principal del cuerpo, demencia, inutilización para el trabajo, impotencia, impedimento de algún miembro principal ó deformidad notable ;

3º Incapacidad para el trabajo por más de un mes ;

4º Incapacidad para el trabajo por un mes ó por menos.

Las penas son, respectivamente, de seis á diez años de penitenciaría ; de tres á seis años de la misma pena ; de uno á tres años de prisión y de un mes á un año de arresto.

533. La forma de gravedad enunciada en el inciso 1º, artículo 119, está tomada del código Tejedor, que castigaba con seis años de penitenciaría al que “sacare á otro los ojos ó lo castraré”.

No puede entenderse la primera de estas lesiones sino en el sentido literalmente expresado. El que ha privado á otro del sentido de la vista, no es ciertamente el delincuente á que se refiere el artículo. No es éste, en general, el criterio aceptado por la legislación. Puede haber, y hay mucho de bárbaro y repugnante en sacar los ojos ; pero las consecuencias de este hecho son las mismas que si se privara de la vista por cualquier otro medio. Al mismo tiempo, si la vista es un sentido tan estimable para el hombre, el don de la palabra no lo es menos. Es por todo esto que muchos códigos ni hacen distinción en cuanto al medio usado para privar del sentido de la vista, ni la hacen entre la privación de

ésta y de cualquier otro sentido. El código belga coloca en la misma categoría las lesiones que producen una enfermedad incurable, la incapacidad permanente para el trabajo, la *pérdida del uso de un órgano* ó una mutilación grave. El código francés (ley de revisión de 1863) equipara la mutilación, la amputación ó privación del uso de un miembro, la *ceguera*, la pérdida de un ojo ú otras enfermedades permanentes. El código español no hace mención de *sacar los ojos*, pero el artículo 431, número 1º, castiga con igual pena cuando el ofendido queda imbecil, impotente ó *ciego*. En el código italiano son susceptibles de la misma pena los casos en que la lesión produzca incapacidad mental ó corporal ciertamente ó probablemente incurable, ó la *pérdida de un sentido*, de una mano, de un pie, de la palabra, de la facultad de engendrar, ó del uso de un órgano ó de una permanente deformación del rostro.

534. En cuanto á la *castración*, hubiera convenido tener presente las dificultades que para su aplicación puede suscitar el texto legal, y que han sido materia de controversia en la interpretación de otros códigos.

El artículo 316 del código penal francés castiga también á toda "persona culpable del crimen de *castración*" y fué juzgado por la Corte de casación que la castración se comete por la amputación de *un órgano cualquiera* necesario para la generación (1). Viada, anotando el artículo 429 del código español, dice también que la castración consiste en la amputación de un órgano neces-

(1) CHAUVEAU Y HÉLIE, op. cit., número 1345.

rio para la generación (1). Pero en las observaciones del citado artículo 429, es más completo Mata: "En él se habla de castración, dice, y aunque parece claro, no lo está, porque no sabemos qué es lo que entiende nuestro código por esa palabra. ¿Se entiende la ablación de todos los órganos genitales externos del varón? ¿Hay castración cuando sólo se ha quitado un testículo? ¿La hay cuando sólo se ha quitado el miembro viril? ¿O se necesita que se prive al sujeto de todos los órganos ó de ambos testículos? En medicina, la castración se divide en completa é incompleta, y no pocos médicos habrá que al ver sólo un testículo quitado, ó sólo el pene, no crean que haya castración, y si el juez los consulta es posible que contesten que nó." Citando en seguida la acepción dada en Francia á la palabra *castración*, agrega que del mismo modo debieran entenderla en España los jueces y tribunales, lo mismo que los peritos consultados; pero que, no siendo de igual trascendencia los efectos de esa mutilación cuando se corta sólo el pene ó sólo un testículo que cuando se corta todo ó los dos testes, la justicia estaría, en nuestro concepto, mejor servida haciendo en cuanto á la gravedad del atentado alguna diferencia (2). A esto puede agregarse que el mismo sentido fijado por la jurisprudencia de la Corte de casación de Francia, es el de las antiguas leyes españolas que rigieron entre nosotros antes de la vigencia del código Tejedor: "Castrados son los que pierden

(1) *El código penal reformado*, página 538.

(2) MATA, *Tratado de medicina y cirugía legal*, 5 edición, tomo 3º, página 127.

por alguna ocasión que les aviene aquellos miembros *que son menester para engendrar* (1). "

535. No deberá, pues, entenderse consumado este delito, atendiendo á que su gravedad se funda en sus consecuencias, sino en tanto que se ha privado de lo *necesario para engendrar*, esto es, en tanto que con los miembros quitados se produzca la impotencia del ofendido. Si después de una mutilación parcial el ofendido no queda impotente, se juzgará el hecho como tentativa de castración, si hubo intención dirigida á este fin y como simple mutilación si no se tuvo aquella intención.

536. Pero, determinada la acepción legal de la castración, queda por hacer alguna consideración sobre la gravedad atribuida á este delito. Algunos códigos lo colocan, como el nuestro, en el grado superior de las lesiones, imponiendo las penas más severas. En otros se atiende á la consecuencia ulterior de la lesión y se le castiga como privación de la facultad de engendrar, por castración, eviración ó cualquier otro medio. En el Código, la lesión que causa impotencia es castigada, con pena de tres á seis años, y la castración con pena de seis á diez. ¿Cuál es la causa de esta distinción especialísima? ¿Por qué tal diferencia de grado siendo la misma la consecuencia? Sobre este odio particular contra la castración, dice Carrara, pueden haber influido diversas causas políticas ó morales: puede haber influido en algunas épocas el odio contra ciertas heregias; en otras puede haber influido entre los protestantes

(1) Ley 4ª, título 8º, Partida 4.

el odio contra Roma. Pero, en mi opinión, lo que ha prolongado y casi perpetuado esta separación ha sido un error jurídico: se aceptó la idea de que tanto vale matar al hombre nacido como extinguir la esperanza del por nacer; y sobre esta regla creyóse deber fundar la doctrina de que la castración no debía mantenerse en la clase de las lesiones personales, sino que debía equipararse al homicidio que destruía la futura existencia de una ó muchas vidas (1). El legislador belga no optó por la especialización. "Este crimen es desconocido en Bélgica, decía el informe de Haus; sin embargo, podría cometerse, no ciertamente para procurar á los templos y los teatros los encantos de la melodía, sino por celos ó por venganza. La ley debe, pues, reprimirlo. Pero es inútil preverlo por una disposición especial y hacer de él un crimen *sui generis*: es injusto castigarlo con una severidad exorbitante" (2). Paréceme que hay en esto una idea más exacta del delito en cuestión.

537. Las otras lesiones á que puede llamarse *lesiones graves*, son la mutilación de un miembro ú órgano principal del cuerpo; las lesiones de que el ofendido quedare demente, inútil para el trabajo, impedido de algún miembro principal ó notablemente deforme. Para estos casos la ley señala la pena de penitenciaria por tres á seis años.

Estos criterios de gravedad son adoptados con alguna generalidad por los códigos penales; pero, en su aplica-

(1) *Programma*, § 1454.

(2) *Législation criminelle de la Belgique*.

ción á los casos concretos, suscitan más de una dificultad que deben salvar la jurisprudencia y la doctrina.

538. La primera de las lesiones graves enumeradas es la *mutilación de un miembro ú órgano principal del cuerpo*, que no sea los ojos ó los órganos de la generación. El código español dice: “cualquiera otra mutilación causada de propósito”, y Tejedor, adoptando la opinión de Pacheco sobre lo que debía entenderse por la mutilación á que la ley se refiere, expresó en su proyecto “mutilación de un *miembro principal* del cuerpo”. Conviene, sin embargo, tener presente, al recurrir á la doctrina y á la jurisprudencia española como fuente para la interpretación de nuestra ley, que en el código español de 1870 se distingue con más exactitud aún que en el de 1850 entre la mutilación causada de *propósito*, esto es, mediando exacta concordancia entre el hecho producido y la intención dañina, y la mutilación, que es *resultado* de una lesión causada *voluntariamente*. Esta distinción, como ya lo he demostrado en este capítulo, no resulta de nuestro texto legal. En la mutilación causada de *propósito*, el código penal español no distingue respecto de la importancia del miembro mutilado; en la que es resultado de una lesión distingue la pérdida ó impedimento de un ojo ó algún miembro *principal*, de la pérdida ó inutilización de uno *no principal*, imponiendo en el primer caso una pena mayor que en el segundo (1). Es sólo con estas salvedades que puede recurrirse á aquellas fuentes de interpretación.

(1) Artículo 431, números 2º y 3º.

539. Respecto á las otras lesiones graves, tampoco hace nuestra ley las distinciones que la española. El código español, respecto á la herida que deje inútil para el trabajo, determina éste con toda precisión: “para el trabajo á que hasta entonces se hubiere dedicado habitualmente el ofendido”. Nuestro artículo dice simplemente “inútil para el trabajo”. En un caso en que de resultas de las lesiones que recibiera un cajista de imprenta, quedó sin movimiento en los dedos anular y medio de la mano derecha, se juzgó que siendo ésta un miembro principal, la inmovilidad ó falta de movimiento de aquellos, que realmente forman parte integrante de ese miembro, le inutilizaba para el trabajo á que hasta entonces se había dedicado (1). ¿Es posible una interpretación de nuestro texto en este sentido? Creo que la redacción literal no la permite, y hay, además, otro argumento que se opondría á ella: el proyecto Tejedor, que era el código que se entendía *reformular*, decía en el artículo 5º del título de las lesiones corporales: si la persona lesionada queda incapaz por uno ó más meses de entregarse á *su* trabajo. Nuestra ley actual se refiere *al trabajo*, es decir á cualquier trabajo, al trabajo en general. Por otra parte ha estado á estudio de la Comisión que redactó el código, el proyecto de la comisión revisora en que se adoptaba la fórmula: lesiones que impidan al ofendido valerse por más de treinta días de *sus fuerzas físicas* ó facultades mentales (2).

540. Esta incapacidad para el trabajo, cuya duración

(1) PANTOJA, *Jurisprudencia criminal*, Apéndice 4º, página 341.

(2) Artículo 230.

se acepta también como criterio de gravedad para las demás lesiones, no es infundado referirla al trabajo en general. En el código francés y en el belga se habla de incapacidad para el *trabajo personal*, y aunque en Francia sea posible todavía la discusión sobre la extensión de estos términos, su sentido ha sido definitivamente fijado en Bélgica desde el informe de Haus: cuando se trata de estimar la indemnización causada por la violencia debe tenerse en cuenta el trabajo habitual; en consecuencia, el estado y profesión de la persona lesionada, pues si esta tiene derecho á la reparación del perjuicio que ha experimentado realmente, no puede reclamar nada más que la reparación de este perjuicio. Pero la *tasa de la pena* se determina por la intensidad ó la gravedad intrínseca de las heridas, y esta intensidad se mide por la incapacidad más ó menos prolongada de la víctima para entregarse á un trabajo corporal. Si en la fijación de la pena, la ley tomara en consideración la incapacidad del trabajo *habitual*, la calificación del delito procedería, no de la intensidad de las heridas sino de la posición social de la víctima, de sus hábitos, de su género de vida; es decir, de circunstancias puramente accidentales que podrían imprimir á la acción un carácter de gravedad que notendría por sí misma, que modificaría la materialidad del hecho sin aumentar la culpabilidad del agente, que podría haberlas ignorado. Una herida del dedo es una herida leve en sí misma; pero esa misma herida puede incapacitar á un músico durante algunas semanas para tocar el violín, mientras no impediría á un albañil, á un carpintero ó á un labrador para entregarse á sus trabajos habituales. Por otra parte, esta medida relativa no

podría aplicarse á los que sin profesión, no se ocupan habitualmente en ningun género de trabajo, que son *fruges consumere nati*. Si estos honorables ciudadanos no pueden pedir daños y perjuicios en razón de una incapacidad para el trabajo que no les ha causado ninguna pérdida, las violencias ejercidas sobre ellos, no por eso dejarán de castigarse según su gravedad, que se determinará por el número de días que una persona maltratada queda impedida para un *trabajo corporal* (1).

541. La inutilización para el trabajo á que se refiere el artículo 119, inciso 3º, del Código Penal, debe ser con carácter de *permanente* ó *definitiva*. De otra manera tendríamos dos penas distintas pvr a un solo hecho, pues en el artículo 120, inciso 1º, se impone una pena menor á la lesión que produzca incapacidad para el trabajo por más de treinta días. Esta pena debe entenderse para el caso de una incapacidad temporal

542. Si el ofendido quedare *notablemente deforme*, dice el artículo citado. El proyecto Tejedor decía: deformado en una parte del cuerpo. El código español de 1850 decía también *notablemente deforme* (2) y la reforma de 1870 dijo *deforme*, simplemente. Se ha seguido en ambas legislaciones una marcha opuesta. Otro tanto ha ocurrido en la práctica de los tribunales. Vigente el código Tejedor fué juzgado que la pérdida de dos incisivos no constituía la deformación á que la ley se refería, contra la sentencia de apelación que habia declarado que

(1) Informe de HAUS, en NYPELS. *Législation criminelle de la Belgique*, tomo 3º, página 217.

(2) Artículo 343.

la constituía (1). Lo contrario ha ocurrido en España aplicando disposiciones análogas. La audiencia de Málaga declaró que la pérdida de dos incisivos no determinaba la deformidad de que habla el número 3º del artículo 431, y el Tribunal Supremo casó la sentencia por considerar que la pérdida de dos incisivos constituye deformación (2). El Código no usa la sola palabra *deformación* como el citado inciso del código español y el artículo del código Tejedor, sino que emplea las palabras *notablemente deforme*; lo que, sin precisar nada en realidad, da la idea de que la lesión á que se refiere no será la que produzca una ligera deformación. En un caso de mi práctica juzgué, y la sentencia fué confirmada, que no había quedado *notablemente deforme* ni mutilado en miembro ú órgano principal el herido que perdió la tercera parte inferior del pabellón de la oreja derecha, y lo contrario fué juzgado en España por sentencia del Tribunal Supremo; pero se dijo en ella que por no distinguir el Código en su expresión general clases distintas de deformidad, comprende como tal para los efectos jurídicos en él previstos, la *fealdad visible resultante de una irregularidad* física, permanente y definitiva (3). En el sentido de mi resolución se había pronunciado en 1871 la Corte de Apelación de Messina, en Italia. Aplicándose el código Tejedor, la Cámara de Apelación de la Capital Federal estuvo dividida sobre si constituía ó nó deformación una herida inferida á una mujer, en la cara, que

(1) *Acuerdos y sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, 2ª série, tomo 7º, página 447.

(2) VIADA, Suplemento 3º, página 312.

(3) VIADA, ib. loc.

le dejaría una cicatriz de seis centímetros. La mayoría del Tribunal sostuvo la afirmativa "porque uno de los principales tesoros de la mujer es la belleza, la cual se destruye por la deformación de su faz, y es por esta razón que los códigos extranjeros castigan como deformación hasta las manchas de carácter permanente que le quedan en la cara". La minoría dijo que "no resultaba de los informes periciales que la víctima hubiera quedado deformada por las heridas que le fueron inferidas, sino, simplemente, que conservaría cicatrices visibles é indelebles, sin expresarse si estas afearían ó no á la persona" (1).

543. No obstante estas dificultades que se manifiestan en la interpretación, la ley poco más podía hacer para salvarlas. Puede sobre esta materia repetirse con Carrara: "las dificultades surgirán en los casos prácticos para determinar cuando haya deformación ó nó; y aquí ni la ciencia ni la ley pueden dictar una fórmula exacta, y deben satisfacerse con la vaguedad del concepto, dejando la aplicación á los sentidos y al prudente juicio de los magistrados" (2).

544. En el artículo 120 se contiene la penalidad de las lesiones que podría llamarse *menos graves* y de las leves. Constituyen las primeras las que producen incapacidad para el trabajo por más de un mes, y se castigan con prisión de uno á tres años; y consisten las segundas en las que no produzcan incapacidad para el trabajo ó la produzcan por un mes ó por menos.

(1) *Jurisprudencia criminal y comercial*, tomo 4º, página 323.

(2) *Programma*, § 2450.

Ya he expresado que la incapacidad para el trabajo es una incapacidad general ó corporal, no una incapacidad relativa al trabajo habitual.

545. Por lo demás, es criterio comunmente aceptado en la legislación para determinar la respectiva gravedad de las lesiones no determinadas especialmente, el tiempo que dure la incapacidad para el trabajo que de ellas resulte. El Código adopta estos términos de distinción : incapacidad para el trabajo por un mes ó por menos. El código Tejedor adoptaba estos otros : incapacidad ó *enfermedad* por más de cuatro ó por menos de treinta días ; incapacidad ó enfermedad por uno ó más meses ; el código español de 1850 : enfermedad ó incapacidad de cinco á treinta días, ó por más de treinta ; estos términos han sido reformados así en el de 1870 : ocho á treinta días, treinta á noventa, más de noventa días. El código francés no habla sino de incapacidad ó enfermedad por más ó por menos de veinte días. En el actual código italiano los términos son de más ó menos de diez días. Parece, pues, que estas medidas son arbitrarias, científicamente indeterminables, y que cada legislador puede adoptar las que le plazca. Pero, Mata propone con buenos fundamentos una clasificación de las lesiones que, prescindiendo de las mortales, porque éstas entrarían en la calificación de homicidio, tiene en cuenta las múltiples circunstancias de que puede resultar un juicio acertado sobre la gravedad de las lesiones. Debe considerarse en las lesiones leves, según él, tres grados : uno á siete días ; siete á quince, quince á veinte ; y tres grados en las graves : veinte á cuarenta días ; cuarenta á sesenta ; más de se-

senta. Estos términos deben referirse á estas tres circunstancias: imposibilidad de trabajar; tardanza en cicatrizarse; asistencia facultativa. Se tendrá en cuenta, además, si causan defecto físico de poca monta, ó que dificulta el trabajo, ó que imposibilita el trabajo; y si causan deformidad poca, notable ó grande (1).

546. Las lesiones en riña en que toman parte varios, sin que se sepa quien las causó, son generalmente reprimidas con la imposición de una pena menor á todos los que aparezcan ser sus autores. Así, el código español de 1850 empleaba los términos: "se impondrán las penas inmediatamente inferiores en grado *al que aparezca haber causado alguna al ofendido*", y el de 1870 dice: "*á los que aparezcan haber ejercido cualquiera violencia* etc." Nuestro artículo, imponiendo pena á todos los que estuvieron en contra del herido, extiende sin necesidad la imputación. Creo que á pesar de estos términos, quien demostrara que, no obstante haber estado en contra del herido, se había hallado en la imposibilidad de ser su heridor, no estaría sujeto á pena.

(1) MATA, *Tratado de medicina y cirugía legal*, tomo 3º, página 137 y siguientes.

CAPÍTULO VI

DEL ADULTERIO

(Artículos 122 á 126)

547. Delitos contra la honestidad. — 548. ¿Debe ser penado el adulterio? — 549. La represión depende de la voluntad del cónyuge ofendido. — 550. Quiénes deducen, por lo general, la acción. — 551. Argumento de la razón de punibilidad que se da del adulterio de la mujer. — 552. Otro, deducido de los elementos de la consumación del adulterio. — 553. Dificultades de la prueba de la consumación. — 554. El verdadero correctivo del adulterio está en la disolubilidad del vínculo conyugal. — 555. Disposiciones legales sobre el adulterio. — 556. Doctrina en que se funda la diferente apreciación del adulterio de la mujer y del marido. — 557. Sistema del proyecto Tejedor. — 558. No debe definirse en la ley el adulterio. — 559. Caracteres primordiales del adulterio. — 560. No habrá adulterio en matrimonio religioso contraído bajo la ley de matrimonio civil. — 561. ¿Habrà acción de adulterio entre cónyuges divorciados? — 562. Intención criminal. — 563. Unión sexual. — 564. Consideraciones sobre la pena del codeincuente. — 565. Adulterio del marido. — 566. En nuestra ley la acción de adulterio es puramente privada. — 567. Fundamento de esta disposición. — 568. Obligación de acusar á ambos culpables. Crítica. — 569. La remisión de la pena al consorte aprovecha al cómplice. Crítica. — 570. Consecuencias importantes de ser privada la

acción de adulterio. — 571. No procede la acción penal, pendiente la de divorcio. — 572. Vacío en la disposición del artículo 126.

547. El título cuarto del libro y sección que expongo del Código Penal comprende los *delitos contra la honestidad*, en el orden siguiente: 1º adulterio; 2º violación; 3º estupro y corrupción de menores; y 4º raptó, terminando con un capítulo de disposiciones comunes á los delitos contra la honestidad, orden que observaré en esta exposición.

548. La punibilidad del adulterio no es absolutamente indiscutible, por mucho que á Pacheco haya parecido necio y mal sonante el detenerse un momento solo á demostrar que el adulterio debe ser penado por la ley como delito (1).

El legislador no puede preocuparse de la simple inmoralidad de una acción para erigirla en delito, porque no es su propósito mantener el imperio de la moral sobre la tierra. Tampoco basta para que la ley penal erija una acción en delito, el que ella viole un derecho. No todos los derechos son ni pueden ser objeto de la ley penal; basta en muchos casos para su defensa las prescripciones de la ley civil. Los argumentos de que el adulterio es inmoral, y de que en él se viola los derechos del cónyuge, no bastarán, pues, para justificar la pena del adulterio. Para que se vea justificada la acción de la ley pe-

(1) PACHECO, *El código penal*, tomo 3º, página 104. Niegan la punibilidad del adulterio, entre otros escritores, FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*; PESSINA *Elementi di diritto criminale*; LUCCHINI, *Monografia del adulterio*; TISSOT, *Droit pénal*, etc.

nal es indispensable que la violación del derecho produzca un daño, á cuya reparación no baste la ley civil, y además que la ley penal disponga de algún medio de reacción eficaz contra el delito. Daño de aquel género causa el suicidio, y es irreparable por la ley civil el mal que ocasiona; daño de aquel género causa el duelo, y la ley sobre el duelo, aunque escrita, se tiene por no existente; daño irreparable por la ley civil causará el adulterio; pero ¿puede esperarse de la ley una reacción eficaz contra el delito?

549. El delito afecta al cónyuge, á la familia y á la sociedad: viola el derecho á la fidelidad que tiene el primero; perturba la tranquilidad de la segunda, y corrompe por el ejemplo inmoral á la última. Pero el derecho de la sociedad y el de la familia desaparecen ante el del marido. Debe respetarse en éste un derecho de otro orden: el de preservar su propio nombre del escarnio y del ridículo, el de evitar el escándalo. Resulta, pues, que ni la sociedad ni la familia, perturbadas por el delito, pueden invocar el daño que efectivamente reciben para pedir el castigo del culpable. Reducida la ley á reprimir el adulterio sólo cuando el cónyuge ofendido intenta acusación, el número de casos á que la ley se aplicará será en extremo reducido.

550. Pero hay más aún. El número de veces en que la acusación se intente no determinará el número de veces á que la ley se aplique. Lo he observado directamente en la práctica de la magistratura y creo que podrán repetirlo conmigo todos los que la desempeñan: por regla general, á toda acusación de adulterio sigue un desistimiento, en consecuencia del cual se sobresee

la causa. Durante mi desempeño del juzgado del crimen, me fueron presentadas varias acusaciones de adulterio, procediendo en todas el marido contra la mujer. Pertenecían todos los actores á condición modesta ó humilde. En un caso la denuncia presentaba en repugnante abyección á toda una familia : era el adulterio de la mujer con su propio hermano, consumado en la casa de los padres y con asentimiento de estos ! Mediante la acusación, la mujer fué devuelta al marido, y éste retiró la denuncia.

En general, el marido ofendido no se decide á llevar ante un tribunal una acusación de adulterio, y á buscar en la pena que se imponga á la mujer culpable una satisfacción á su honor ofendido. Se opta generalmente por el divorcio ó separación corporal que autoriza la ley civil, y se deja al tiempo y al abandono que traigan el olvido donde la reparación es imposible, cuando la traición no termina con un drama de sangre.

551. Por otra parte, investigando cuál sea la razón de castigarse el adulterio de la mujer y no el del marido, se enuncia como motivo primordial el de que el adulterio de la mujer introduce necesariamente la incertidumbre de la prole, rompe en consecuencia los vínculos de la familia y mata el afecto del padre á sus propios hijos, que mirará con horrible duda. No es entonces tan sencillo afirmar que el adulterio de la mujer debe castigarse siempre : si cesando la razón de la ley debe cesar la disposición, no habría adulterio punible en la mujer estéril, ó cuando el amante usara de los preservativos adoptados en el trato de la prostitución.

552. Toda cuestión aparece clara y evidente cuando

se la contempla en la superficie; pero no ocurre otro tanto descendiendo al fondo. Profundizando el estudio de la punibilidad del adulterio se hace más palpable la razón de castigar. Si se abandona el concepto de que la razón fundamental para castigar el adulterio de la mujer es la incertidumbre de la prole, que su falta introduce en la familia, habría que buscar la razón fundamental en la violación de la fe conyugal; pero entonces la punibilidad del adulterio no podría limitarse sin gravísima injusticia á la falta de la mujer ni consistir la consumación del delito en el trato carnal. La fe conyugal aparece violada cuando uno ú otro cónyuge entregan su afecto á extraños, sea por una inclinación puramente moral ó espiritual, sea entregándose á las satisfacciones sexuales en cualquiera de sus formas. Pero no es este adulterio el que las leyes castigan ni el que los juristas entienden deber reprimirse. El código Tejedor entendía por adulterio la violación de la fe conyugal cometida *corporalmente*, y agregaba en una nota tomada de Chauveau como fundamento: "la consumación del comercio ilícito es la condición esencial del delito. Mientras la criminalidad de los deseos no se manifiesta por actos, mientras el pensamiento solo es el adulterio, la impotencia de la ley es una razón suficiente de su inacción. Pero no basta para motivar la acción represiva que este pensamiento se revele por actos licenciosos y familiaridades aún íntimas. Estos actos, por otra parte, cualesquiera que ellos fuesen, no tienen las mismas consecuencias que la consumación del adulterio. La mujer extraviada por un momento podría volver sobre sí. El lecho nupcial no ha sido manchado. No sería prudente

asemejar tal infidelidad al olvido completo de sus deberes."

Según Carrara, para la consumación del "adulterio se requiere la verdadera y propia cópula, en modo natural; de modo que los besos, las caricias, y la misma *venus nefanda* no constituyen adulterio; y aun respecto de la consumación del delito afirma ser necesaria la cópula completa en todas sus condiciones ontológicas, debiendo tenerse como momento consumativo del delito la *seminatione intra vas* (1).

553. La prueba de este hecho consumativo del delito escapa generalmente á toda posibilidad; de modo que la realidad de la imputación viene á reposar sobre multitud de presunciones á que se ha recurrido en el empeño de castigar un hecho cuya prueba podía escapar con la mayor facilidad. La presunción más admitida, y que erróneamente llega á tomársela por el delito mismo de adulterio, no siendo sino un medio de convicción, es la que se enuncia por la fórmula de que el flagrante delito está no sólo en la sorpresa de *puerenda in puerendis* sino también en la sorpresa *solus cum sola, nudum cum nuda, in eodem lecto*. Pero si esta fórmula puede admitirse cuando se trata de excusar el homicidio que cometiera el marido en el momento de tal sorpresa, porque la excusa estaría fundada en el estado de ánimo del marido y no en la consumación del delito, no debe bastar para juzgar que hubo cópula, que hubo consumación del delito de adulterio. Carrara asegura que en la práctica no aceptaría como absoluta esta regla, porque siempre

(1) *Programma*, § 1885.

debe distinguirse entre la consumación y la tentativa.

554. Por una parte, la prescindencia absoluta del poder social en presencia del más escandaloso adulterio; por otra, el injusto ridículo que cae sobre el marido, y que él mismo se ve obligado á demostrar para obtener el castigo de la mujer; por último, las dificultades de la prueba, que son tales que llevan el extravío hasta erigir en delito el indicio, la presunción, son quizás consideraciones suficientes para buscar al adulterio un correctivo en las leyes civiles, autorizando la disolubilidad del vínculo, y permitiendo al cónyuge inocente procurarse un nuevo hogar legítimo, en sustitución del perdido (1).

555. Pero, puesto que á nuestro legislador no pareció dudosa la punibilidad del adulterio, conviene exponer y juzgar las disposiciones que á su respecto contiene la ley.

Por el artículo 122 se castiga con prisión de uno á tres años á la mujer que cometa adulterio, y con destierro de uno á tres años también, al codelincuente; en tanto que el adulterio del marido, reprimido por el artículo 123 sólo es castigado cuando tiene manceba dentro ó fuera de la casa conyugal, lo que más propiamente puede llamarse concubinato. La pena del marido será de prisión de uno á tres años y la de la manceba, destierro de uno á tres años.

556. Aunque se haya tachado por algunos filósofos de gran injusticia esta desigualdad de la ley que declara inocente el adulterio accidental del marido, tiene ésta

(1) TISSOT demuestra que el divorcio es el único correctivo posible al adulterio. Véase *El derecho penal estudiado en sus principios*, etc., traducción española, tomo 2º, página 226.

alguna razón fundada en disponerlo así. En esto concuerdan la mayoría de los penalistas; pero después de examinar los argumentos en que se apoya la doctrina, nada se agrega en realidad á lo que ya dijo la sabia ley de Partidas: "Adulterio es yerro que faze ome á sabiendas, yaciendo con mujer casada ó desposada con otro. E tomó este nombre de dos palabras del latín, *alterius et thorus*, que quieren tanto decir como ome que va al lecho de otro; por quanto la mujer es considerada por lecho del marido, *é non él della*. E por ende dixeron los sabios antiguos que magüer el ome casado yoguiesse con otra mujer que oviesse marido, que non lo pueda acusar su mujer por esta razon... E esto tuvieron por derecho por muchas razones. La primera, porque del adulterio que face el varon con otra mujer non nace daño ni deshonra á la suya. La otra, porque del adulterio que face su mujer con otro, finca el marido deshonorado recibiendo la mujer á otro en su lecho, é ademas porque del adulterio della puede venir al marido gran daño. Ca si se empreñase de aquel con quien fizo el adulterio, vernia el fijo extraño heredero en uno con los sus fijos, lo que non avernia á la mujer del adulterio que el marido ficiesse con otra; é por ende, pues que los daños é las deshonoras *non son iguales*, guisada cosa es que el marido haya esta mejoría, é pueda acusar á su mujer de adulterio, si lo ficiesse, á ella, non á él: é esto fué establecido por las leyes antiguas, *como quier que segun el juizio de la santa iglesia non seria assi*". (1)

Esta ley consigna toda la doctrina de la diferente

(1) Ley 1ª, título 17, Partida 7ª.

apreciación del adulterio de la mujer al del marido, y es tanto más admirable cuanto que la consignaba el legislador con toda franqueza y energía, contra el juicio de la Iglesia, en una época en que ésta era tan poderosa en las conciencias.

557. Tejedor proyectaba lo contrario, apoyándose en la opinión de Boeresco; pero son numerosas las opiniones que sostienen que, dada la inexistencia de daño para la mujer, ó las condiciones de inapreciabilidad de éste en el adulterio del marido, no hay conveniencia ni justicia en facilitar á la mujer la acción de adulterio, que en el caso opuesto tiene el marido, y en este sentido se encuentra también la legislación general.

558. El artículo 122 castiga el adulterio de la mujer, pero no lo define. En esto el Código abandona el proyecto Tejedor, cuya definición decía así: "el adulterio es la violación de la fe conyugal cometida corporalmente y á sabiendas por cualquiera de los dos esposos". El español también define. Según él, comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido. El código belga, el francés y el italiano no definen el adulterio. Creo preferible este sistema. El concepto del adulterio corresponde al lenguaje vulgar y no al científico ó legal. Por otra parte, la determinación precisa de los elementos que constituyen el adulterio corresponde á la doctrina, y está sembrada de las mayores dificultades que la ley no puede prever, que es preciso estudiar concienzudamente en cada caso y que no podrían ser resueltas por una definición. Á este respecto no requieren mayor ampliación las consideraciones preliminares de este capítulo.

559. Es, sin embargo, posible enunciar los caracteres primordiales del adulterio: matrimonio, intención culpable, unión sexual.

Cada uno de estos caracteres puede dar lugar á varias dificultades en la aplicación de la ley.

560. El matrimonio civil, por ejemplo, da lugar á la posibilidad de que se discuta si habrá lugar á la acción de adulterio contra la mujer que se hubiere ligado con vínculo puramente religioso, bajo la ley que requiere el civil. En el caso, se trataría de un matrimonio *ilegal*, y la acción de adulterio no puede fundarse sino en la existencia de un matrimonio legal.

561. El divorcio que autoriza la nueva ley de matrimonio no disuelve el vínculo. ¿Habrá lugar á la acción de adulterio entre cónyuges divorciados?

Esta cuestión estaba expresamente resuelta en el código civil: “Los esposos que vivan separados durante el juicio de divorcio ó en virtud de sentencia de divorcio, tienen obligación de guardarse mutuamente fidelidad, y podrá ser criminalmente acusado por el otro, el que cometiere adulterio”. Este artículo ha sido suprimido por la reforma. ¿Importa esta supresión una derogación, ó se ha creído que la obligación estaba comprendida en la general del artículo 55 de la ley, según la cual los esposos están obligados á guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro á proceder del mismo modo?

No disolviéndose el matrimonio válido sino por muerte de uno de los cónyuges, la interpretación más correcta consiste en no mirar el divorcio sino como cesación de la obligación de vivir juntos, impuesta por el artícu-

lo 53. Si los derechos y obligaciones no cesan sino en lo que expresamente la ley declara cesado, todos los demás subsisten.

Comentando la ley belga, Nypels dice: "el divorcio disuelve el matrimonio y por consiguiente excluye para en adelante el adulterio de la mujer divorciada; la separación de cuerpo, al contrario, deja subsistir el matrimonio; la mujer separada de cuerpo queda obligada á guardar fidelidad á su marido; si viola este deber puede ser perseguida por adulterio". Cita en este sentido un fallo de la Corte de Casación (1).

No pueden faltar, sin embargo, fuertes consideraciones en sentido contrario. Se afirma, dice Carrara, que si la punibilidad del adulterio tiene su principal fundamento en la incertidumbre de la prole, en el peligro que el marido tendría de alimentar hijos extraños, con perjuicio de los legítimos, y en el relajamiento de los vínculos de familia, donde todos estos peligros hubieran sido eliminados merced á la separación legal, parece que deba cesar toda razón de punibilidad; se agrega aún que el honor del marido no llega á ser vulnerado por los extravíos de la mujer que no está bajo su autoridad, y de cuya conducta no puede responsabilizársele; se agrega aún que en muchos casos la separación puede haber sido decretada por causas derivadas de la culpa del marido, por lo que parecería bárbaro que la mujer á quien la justicia ha creído sustraer á su brutalidad, pudiera servir al mismo para molestarla con querellas intentadas por cualquier sospecha ó mandarla á la cár-

(1) NYPELS, *Code pénal belge interprété*, tomo 2º, página 192.

cel por una debilidad que á él no le perjudica, y de la cual él mismo fué originariamente culpable. Por estas consideraciones adhiere á la regla que niega en estos casos la querella, deduciéndola de lo establecido donde se admite el divorcio (1).

Pero estas conclusiones del criminalista italiano, aunque fundadas en un sentimiento de equidad, no podrían ser aplicadas bajo nuestra ley penal, que declara punible el adulterio sin que de ningún texto aparezca posible la excepción mencionada. Para la imputabilidad del adulterio basta la existencia del matrimonio.

562. En cuanto á la intención culpable es éste un elemento común á todos los delitos. Si el que tenía trato con una mujer ignoraba su condición de casada, no puede serle imputado el delito de adulterio. Creo, por eso, que no es necesario y no hay inconveniente en que el Código no diga como el proyecto primitivo que el adulterio debe cometerse á *sabiendas*.

563. La unión sexual, tercera condición indispensable en la existencia del adulterio, constituye el elemento material del delito. Respecto á las dificultades de la prueba, quedan apuntadas al principio de este capítulo consideraciones en que no creo indispensable insistir. El valor de las pruebas es, por otra parte, materia que corresponde á las leyes de forma, cuyo estudio no entra en el plan de este trabajo.

564. La pena del codeficiente no es en nuestra ley menor que la pena de la adúltera. Así también era en el código Tejedor. El código español, el belga y el italiano

(1) *Programma*, § 1882.

imponen la misma pena al codelincuente que á la adúltera. El código francés aumenta la pena del codelincuente con multa. Me parece preferible una pena superior, ó que pudiera serlo en atención á las circunstancias particulares de ciertos casos, y lo pienso por esto: salvo las mujeres que hacen vil comercio de su cuerpo, no es propio de la mujer ofrecerse al hombre, que la regla común de la naturaleza es que el macho requiera á la hembra. La incitación al delito, la provocación, la seducción, si bien son empleados por aquel que viola menos deberes, son en la generalidad de los casos la causa del delito. En una pena más grave para el delincuente y en no hacer extensivo á él el favor de la remisión de la pena, creo que se hallaría alguna eficacia preventiva contra este delito.

565. El artículo 123 limita, como se ha visto, la responsabilidad del marido por adulterio al caso en que tenga manceba dentro ó fuera de la casa conyugal. En el marido no es penado el *acto* en razón de la inapreciabilidad del daño que puede causár á la mujer. Tampoco puede decirse con propiedad que sea penado el *hábito*. La ley no deduce el delito de la vida desordenada del marido que falta frecuentemente á los deberes de fidelidad conyugal, sino que pena el hecho de tener manceba dentro ó fuera de la casa conyugal. Es en este sentido que la ley penal protege los derechos de la mujer. Nuestro Código es en este punto más severo que algunos códigos extranjeros. El francés y el belga sólo castigan al marido que tiene manceba en la casa conyugal; el italiano, al que la tiene en la casa conyugal ó *notoriamente* en otra parte, y el español, al que la tiene

dentro de la casa conyugal ó fuera de ella con *escándalo*.

566. El artículo 124 se refiere al ejercicio de la acción en cualquiera de los dos casos: el cónyuge ofendido es el único que puede *acusar* por adulterio. ¿Significa esto que la acción es puramente privada?

El artículo dice terminantemente que el cónyuge ofendido es el *único que puede acusar*. Verdad es que la nota de Tejedor al pie del artículo cuyo texto ha tomado el Código, transcribía estas palabras de Pacheco: “Esto no quiere decir de ningún modo, que deje de oirse en este caso á la parte fiscal: lo que decimos y lo que dice la ley, es que no se imponga pena sino á querella de la agraviada. Propuesta por la última la acción, aquella otra podrá ciertamente ser oída y tendrá derecho á reclamar la observancia de las leyes”. Pero el texto del código español no es exactamente igual al nuestro: en aquel se dice: “no se impondrá pena sino en virtud de querella del marido agraviado”, palabras que dan á entender claramente que deducida la querella puede continuarse la acción pública en nombre de la ley é imponerse pena; en tanto que de la redacción de nuestro artículo se deduce que no puede haber en el juicio de adulterio otro acusador que el cónyuge ofendido. Esta sería la doctrina del antiguo derecho francés: “el marido no se limitaba á *denunciar* el delito: era acusador, era el único investido de la acción pública en la persecución del adulterio, y pedía contra su mujer las penas pronunciadas por la ley. Los jurisconsultos tenían, pues, razón en colocar este delito en la clase de los delitos privados” (1).

(1) CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du code pénal*, núm. 1611.

En el moderno derecho francés, la doctrina y la jurisprudencia, siguiendo el texto legal, que habla de *denuncia* y no de *acusación*, está de acuerdo en que la acción es pública y nace de la denuncia, como entre nosotros la acción por los otros delitos contra la honestidad, que nace de la simple denuncia (artículo 141).

Si se compara en nuestro Código el texto del artículo 124 con el del 141, se encontrará en éste una regla general en que se usa la palabra *denuncia*, regla á la que constituiría excepción la palabra *acusación* del artículo 124; y si también se confronta el mismo artículo 124 con el 185, referente al ejercicio de la acción de injurias y calumnias, delitos á que más propiamente puede aplicarse el ejercicio de la acción privada, y cuya redacción es semejante á la del artículo 124, quedará confirmada la opinión de que nuestro Código, apartándose de la generalidad de los precedentes legislativos, tiene á la acción de adulterio como puramente privada; circunstancia que es muy importante tener presente, dado el número y autoridad de las opiniones en contrario.

567. Por mi parte, encuentro aceptable el principio adoptado por nuestro código. Fúndase el dictámen contrario en que la ley no establece las penas en favor del marido sino en favor de la sociedad. “No es porque el adulterio ultraje al esposo en sus afecciones y en su honor que ella lo erije en delito, sino porque el adulterio es un mal moral, la violación de un deber; porque rompe con los derechos que ella ha consagrado, que son una de las bases del orden social y que debe proteger; es sobre todo porque la inmoralidad y el desorden que arroja en el seno de la sociedad, cuando se hace público,

reclaman una represión que no es sino una justa sanción de la moral pública." (1)

Convencido de que no es objeto del derecho penal conservar la moral en la sociedad, aunque la ley penal pueda ser uno de los factores que en la medida posible tienda á ese objeto, creo que tenía razón el orador del gobierno al fundar el artículo del código francés: aunque el adulterio hiera la santidad del matrimonio que la ley debe proteger y garantizar, es menos un delito, bajo otros aspectos, contra la sociedad que contra el esposo, á quien hiere en su amor propio, en su propiedad y en su amor". A esto podría agregarse otra consideración: cuando los individuos de que la sociedad, se compone, y que son al fin la sociedad, miran con burla pocas veces compasiva á la víctima del adulterio, parece que sólo por ironía se podría reivindicar para la sociedad el ejercicio de la acción por tal delito.

568. La ley impone al cónyuge ofendido que quiere ejercitar la acción de adulterio, la obligación de acusar á ambos culpables. La extensión de la acusación á los dos culpables me parece una inconsecuencia con el sistema que la ley adopta; así como es perfectamente lógico en el sistema de la simple denuncia que pueda mover la acción pública. Si el delito de adulterio daña más particular y directamente el interés del cónyuge ofendido que el de la sociedad, no queda en favor de la individualidad de la acción sino el temor de que el sistema contrario facilitase "feas especulaciones y criminales colusiones". Pero este es un peligro que debe ser tenido

(1) CHAUVEAU et HÉLIE, *ib. loc.*

en cuenta por los jueces para no tomar por delito sus apariencias ó tener cuenta de la mala fé de un querellante; pero no es motivo para separarse de una regla justa y racional, sólo por el temor de las especulaciones á que podría dar lugar, peligro de que no está exenta ley alguna.

569. Pero el Código hace más; lleva la comunidad de la suerte de los coautores del adulterio hasta hacer aprovechar al codelincuente el perdón que el cónyuge ofendido diese al culpable. La ley obra con prudencia, se dice, al dejar expedita á los cónyuges la reconciliación de que puede derivar algún provecho para la paz de la familia. La doctrina funda en esta conveniencia aquella disposición comunmente consignada en las leyes penales y que Haus llama con propiedad un poder de abolición, un derecho de gracia. Pero yo encuentro el fundamento de esa disposición en una consecuencia puramente jurídica de la naturaleza privada de la acción de adulterio. La pena, que es otorgada por la ley é impuesta en exclusivo interés del cónyuge, puede ser remitida por éste. Pero si el cónyuge ofendido es el juez de su interés en acusar, en desistir de la acusación ó en remitir la pena, no hay razón para impedirle un ejercicio *parcial* de su derecho, cuyo ejercicio *total* se le reconoce. Se comprendería que el desistimiento de la acción pudiera hacerse extensivo á los dos autores del delito, apoyándose tal precepto en una presunción altamente favorable á todos: la de que el desistimiento de la acción intentada era la mayor prueba de que el adulterio no se había cometido; pero si la sentencia condenatoria hace imposible tener en cuenta la presunción referida, la gracia que remite

la pena sin borrar la sentencia de culpabilidad, no tiene por qué aprovechar á ambos delincuentes. Esta solución es admitida aún por los que atribuyen carácter de pública á la acción de adulterio (1). Para ellos mientras que la acción de adulterio es indivisible, el desistimiento expreso ó tácito del marido aprovecha al cómplice y á la mujer, pero desde que esa indivisibilidad cesa por la condenación irrevocable de uno y otro, el marido no puede ejercer el derecho de gracia sino respecto de la mujer.

570. Entre las más importantes consecuencias de atribuir el carácter de acción privada á la acción de adulterio, debe recordarse estas dos: 1º que es generalmente aceptada en procedimiento penal la regla de que no procede la prisión preventiva del acusado por acción privada; 2º que la muerte del acusador extingue la acción.

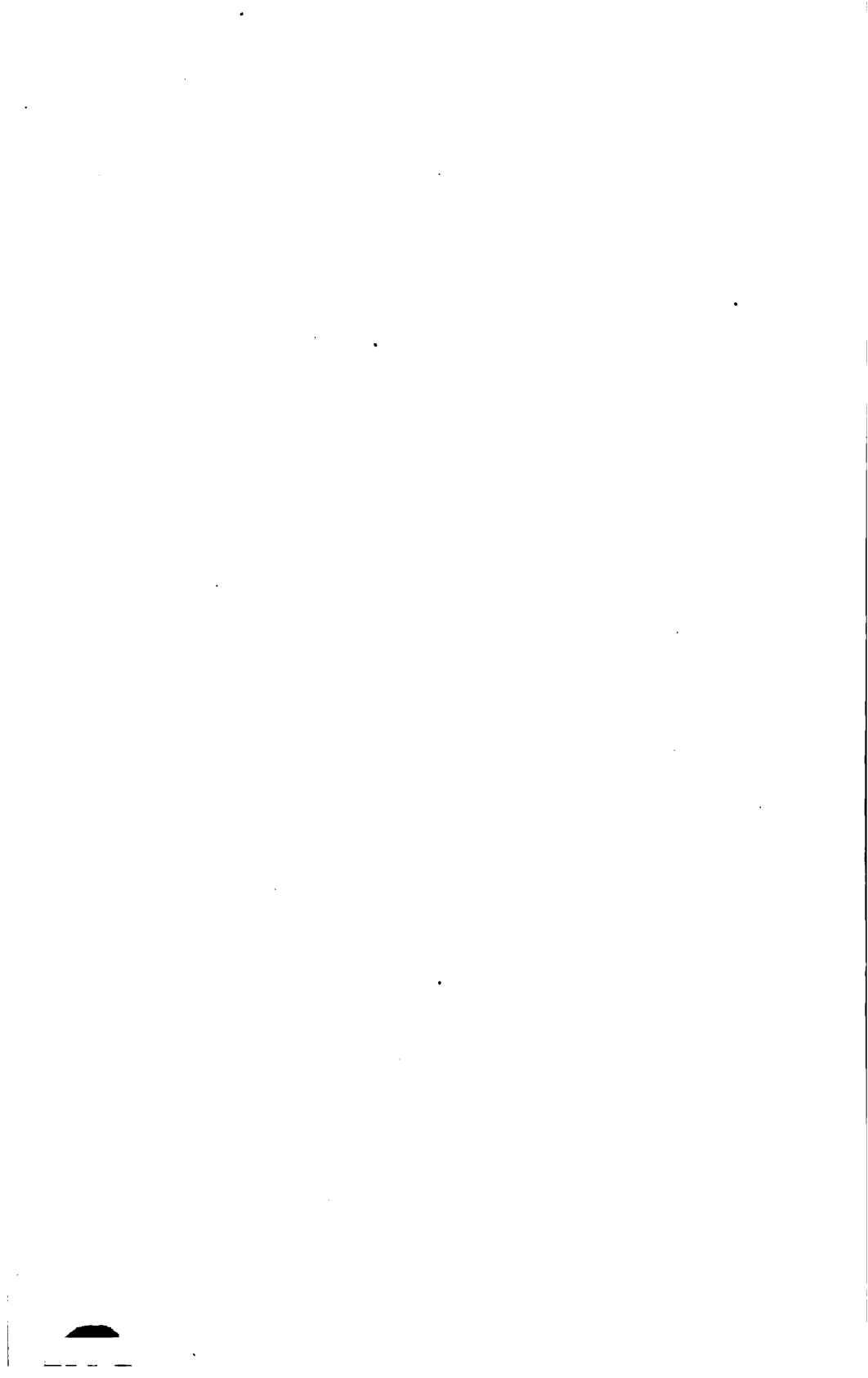
571. El artículo 126 declara que pendiente el juicio de divorcio por adulterio no podrá intentarse la acción penal, ni tampoco si la sentencia fuese absolutoria.

Esta disposición es tomada del código Tejedor.

Como favor especial á la presunción de inocencia se atribuye la autoridad de cosa juzgada en lo criminal á la sentencia absolutaria de lo civil. En esta parte el código concuerda también con el artículo correlativo del código español que limita á este punto su disposición. Pero nuestra prescripción lleva más allá el favor de la presunción de inocencia, y manda que no se instaure la acción penal, mientras esté pendiente la de divorcio, de la que podría resultar una absolución.

(1) CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du code pénal*, 1622; HAUS, *Droit pénal belge*, 1173; NYPELS, *Code pénal interprété*, tomo 2º, página 196.

572. Hay manifiestamente un vacío en la disposición del artículo 126, ó por lo menos en su letra. Si pendiente la acción de adulterio, se iniciara la de divorcio, y en ésta se pronunciara la absolución, antes de terminarse el juicio penal ¿qué se resolvería por el artículo? Nada! Pienso entretanto, que la intención del legislador fué dar á este artículo el alcance del 451 del código español: “la *ejecutoria* en causa de divorcio surtirá sus efectos plenamente en lo penal cuando fuere absolutoria”.



CAPÍTULO VII

DE LA VIOLACIÓN

(Artículos 127, 128 y 129)

573. Elementos legales del delito de violación. — 574. Se ha aplicado al delito de violación una regla del delito de atentado al pudor en las leyes francesa y belga. — 575. Distinción entre el atentado al pudor, aún con violencia, y la violación. — 576. Crítica de la disposición de la ley. — 577. Aprobación de los tres incisos del artículo 127. — 578. Penalidad de la violación. Crítica. — 579. Conveniencia de una agravante especial fundada en el parentesco próximo de la víctima. — 580. Disposición sobre el delito de sodomia. — 581. Su crítica. — 582. El delito puede cometerse en persona del sexo femenino.

573. Según el artículo 127 del Código Penal, se comete violación en cualquiera de los casos siguientes, cuando ha habido aproximación sexual, *aunque el acto no haya llegado á consumarse*: 1º si se usa fuerza ó intimidación; 2º si la mujer se halla privada de razón ó de sentido por cualquiera causa; 3º si la mujer es menor de doce años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los números anteriores.

La forma de redacción de este artículo es tomada del artículo respectivo del código español, y aun están textualmente transcritos los tres incisos. Pero hay una diferencia fundamental en la redacción del encabezamiento.

El código español dice: "se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes" etc.

Dado que equivalga el término *yaciendo á cuando ha habido aproximación sexual*, la radical distinción estriba en estas otras palabras, *aunque el acto no llegue á consumarse*.

A este respecto nada decía el proyecto Tejedor, cuya definición de este delito era la siguiente: "se comete delito de violación cuando empleando la violencia física ó amenazas de un peligro inminente y actual para el cuerpo ó la vida, se obliga á una mujer á sufrir aproximación sexual contra su voluntad".

Reconstruyendo una definición con los términos de nuestro artículo 127, resultaría que el *delito* de violación consiste en haber efectuado, ó *comenzado á efectuar*, la aproximación sexual, usando de fuerza ó intimidación, ó en mujer que se halle privada de razón ó de sentido, ó sea menor de doce años.

574. ¿Será esto exacto? ¿Significarán las últimas palabras del primer párrafo del artículo que la *tentativa* de violación queda equiparada al delito mismo? ¿Querrán decir que el delito se habrá cometido aunque el delincuente no haya satisfecho el último término de sus deseos?

Si se dijera en la primera parte que el delito consistía

en la satisfacción de los deseos sexuales, habría lugar á completar el pensamiento con aquella distinción, pero diciendo que el delito consiste en la *aproximación sexual*, estos términos son por sí demasiado vagos, y por lo mismo suficientemente amplios para que fuera menester que se les limitara á aquella acepción.

Yo encuentro la fuente originaria de nuestra disposición en lo que prescriben la ley francesa y la ley belga, respecto al atentado al pudor.

El artículo 331 del código francés castiga con pena de reclusión á “todo el que haya cometido el crimen de violación, ó sea culpable de cualquier otro atentado al pudor, consumado ó *tentado* con violencia contra las personas de uno ú otro sexo”.

El artículo 374 del código penal belga dice: “El atentado (al pudor) existe desde que hay *principio de ejecución*”.

“A los ojos del legislador, dice Nypels, el *atentado al pudor* existe todo entero, está completo desde el primer acto que *comienza la ejecución*. Continúa, pues, subsistiendo como hecho punible, aun cuando el agente se haya detenido voluntariamente en este primer acto: en otros términos, su desistimiento voluntario deja subsistente el delito ó el crimen.”

Pero, tanto la disposición clara del código belga, como el comentario que le sigue, se refieren al delito de *atentado al pudor*, que, por el código belga, lo mismo que por la ley francesa, difiere del delito de violación. Este último está definido por el artículo 375 del código belga: “Será castigado con la pena de reclusión, cualquiera que haya cometido el crimen de *violación*, sea con

ayuda de violencias ó amenazas graves, sea por astucia, sea abusando de una persona que por efecto de una enfermedad, por alteración de sus facultades ó por cualquier otra causa accidental, hubiera perdido el uso de sus sentidos ó hubiera sido privado de ellos por cualquier artificio. Si el crimen hubiera sido cometido en la persona de un menor de catorce años la pena será etc." (1)

He transcripto este artículo porque enumera los mismos elementos constitutivos del delito de violación que se contienen en el nuestro. Los artículos 372 y 373 de aquel código castigan el *atentado al pudor*, que no definen, pero que legislan distintamente para el caso de cometerse *sin violencia*, ó para el caso de cometerse *con violencia*. Ahora bien ; el atentado al pudor *sin violencia*, no será violación, y esto demuestra que se trata de dos delitos, del mismo género, pero con caracteres fundamentalmente diversos. Precizando las distinciones entre el atentado al pudor y la violación, Chauveau y Hélie se expresan en estos términos : "La ley no requiere para la existencia del atentado al pudor que este acto haya sido cometido con el fin de satisfacer una pasión sensual; basta que tenga por objeto ultrajar el pudor. Difiere, pues, de la violación, en que la violación tiene esencialmente por objeto procurar á su autor goces sexuales, mientras que el atentado al pudor puede tener únicamente por objeto la injuria, el ultraje ó la venganza; difiere aún en que la violación consiste en un acto único y determinado, mientras que el atentado puede

(1) *Code pénal interprété*, comentario al artículo 374.

componerse de una multitud de actos diferentes que no tienen elmismo fin." (1)

Esta forma de delito no está prevista expresamente en nuestra ley, y sólo podría aplicarse en circunstancias determinadas el título de injurias ó el de lesiones, en que podría comprenderse el hecho. Juzgué como lesiones un caso en que el atentado al pudor las había producido. El delincuente, movido por los celos, entre varias violencias que ejerció contra su manceba, le había quemado el vello de las partes pudendas.

Enunciando luego los mismos autores los caracteres de la violación, dicen: "Los dos elementos de este delito son el comercio ilícito y la violencia. La copulación es una *circunstancia esencial*; no es sino por este hecho que queda consumado. Si no ha sido constatado, el título de la persecución no puede ser sino una *tentativa de violación*, y si esta tentativa no reúne los caracteres determinados por la ley, un *atentado al pudor*" (2). Más adelante agregan que si la violencia empleada se castiga aunque no haya habido consumación, es porque "así resulta de la regla general que castiga la tentativa de los crímenes como los crímenes mismos" (3).

575. Se ve, pues, que los términos de nuestro artículo, que motivan estas observaciones, dan lugar á suponer que se ha tomado una regla de la ley francesa y belga sobre el delito de atentado al pudor, y se la ha aplicado al

(1) *Théorie du code pénal*, § 1571

(2) *Ib.* § 1572.

(3) *Ib.* § 1586.

delito de violación, creando una excepción en nuestro derecho, que no equipara, como el derecho francés, la tentativa al crimen mismo. La regla, en cuanto se refiere al delito de atentado al pudor, se deriva de la naturaleza misma de este delito : todo principio de ejecución es en sí mismo un atentado al pudor. Este crimen no permite por su naturaleza el desistimiento voluntario después que la ejecución ha comenzado. "Pero el motivo no existe respecto de la violación : la violación se compone de diversos actos de violencia que tienden á un fin determinado ; es posible que antes de esperar este fin el agente desista de su empresa ; es posible que, no obstante la violencia, no pueda lograrlo ; nada se opone, pues, á que esta tentativa esté sometida á las condiciones que rigen todas las tentativas de crimen, y tal ha sido también el pensamiento del artículo 332, puesto que este artículo no ha enunciado de una manera especial la tentativa de violación como lo ha hecho del atentado al pudor." (1)

576. Concluyo sobre esta materia : 1º que si la ley ha querido equiparar al delito consumado la ejecución comenzada, lo ha hecho tomando erróneamente la regla del atentado al pudor de la legislación belga y francesa y aplicándola al delito distinto de violación ; 2º que si no ha sido tal su intención, la frase es superflua y peligrosa, porque origina dudas de trascendencia.

En el primer caso nada justificaría la excepción á nuestros principios generales sobre tentativa, ni habría un motivo especial para imponerle el mismo castigo que al delito consumado. La mujer que ha resistido la

(1) CHAUVEAU et HÉLIE, *Ib. loc.*

violencia de su agresor, cuyas partes sexuales ha sentido próximas á las suyas, pero cuya conjunción ha impedido por su propia resistencia, podrá decir con altivez que no ha sido vencida; su conciencia misma le dirá para propia satisfacción suya, que no ha sido violada, que el crimen no se ha consumado, que sólo ha habido tentativa. La ley no debe ir tampoco más allá.

577. Los términos de los tres incisos que completan el artículo no sugieren observación alguna de importancia. La fuerza ó intimidación, para que sea característica de este delito, debe serlo en mujer que por su edad y conocimiento hubiera podido consentir. La fuerza ó intimidación desaparecen como carácter esencial, y pasan á ocupar el de circunstancia agravante, cuando el delito se comete en persona que no puede consentir, sea por su edad ó por el estado de su razón ó de sus sentidos.

En este punto se ha adoptado una fórmula superior á la del código Tejedor, que limitaba la calificación de este delito al caso en que la víctima se hallara privada de razón ó de sentido por narcóticos ú otros medios empleados á este objeto.

578. Las penas del delito de violación están en el Código aumentadas con relación al proyecto Tejedor. El género de delito reclama una represión severa; pero es indispensable que facilite las distinciones. Con este propósito, y en relación á la calidad de la víctima ó á las consecuencias del hecho, la ley distingue cuatro grados: 1º violación de mujer casada ó menor de doce años; 2º muerte de la menor, á consecuencia de la violación; 3º violación de mujer honrada; 4º violación de prostituta.

Los códigos, en general, no equiparan la violación de la mujer casada á la violación de menor de doce años, sino que adoptan respecto de la última un grado mayor de represión. La infancia merece siempre el mayor respeto, cualquiera que sea su condición. No puede decirse lo mismo de la simple calidad de casada de la mujer. Su conducta general, sus antecedentes de moralidad, el trato que observara con el agresor, su falta de prudencia y de honestidad, pueden ser circunstancias importantísimas; y para casos que podrían juzgarse como una incitación ó una provocación, el minimum de seis años de penitenciaría se me figura de una severidad excesiva, que choca con el sentimiento de justicia, que nos aconseja deducir de la responsabilidad del autor de undelito todo aquello que pudiera imputarse á culpa de la propia víctima.

579. Preferiría yo que se fundara una distinción en el parentesco próximo de la víctima, ó simplemente en el carácter de ascendiente que sobre ella tenga el autor del delito, como lo hacen la ley belga y la italiana. Sucede hoy que imponiéndose por la violación de mujer honrada la pena de tres á seis años de penitenciaría, la violación con incesto puede ser castigada con la misma pena que el estupro en descendiente ó hermana, según el artículo 131, no obstante reputarse la seducción una circunstancia de inferior gravedad á la fuerza ó intimidación.

580. La breve disposición del artículo 129 es todo lo que el Código contiene sobre el feo delito de sodomia. Parece que la ley hubiera tenido repugnancia en hacer referencia á ese atentado.

581 Serán aplicadas al delito de sodomia, dice el artículo, las mismas penas *de los* artículos anteriores (del artículo anterior ha debido decir), copiando al código Tejedor. Es, pues, la sodomia ejecutada con violencia, ó en menor de doce años ó en persona privada de razón ó de sentidos por cualquier causa, lo que la ley castiga.

Las penas han debido ser fijadas con más precisión que una mera referencia á las penas de la violación. Con excepción de la menor edad, las otras condiciones determinan grados diversos de pena. Esos grados se fundan en el estado de casado ó en la condición de honestidad de la víctima. Si el atentado se comete en mujeres ¿tendrán fundamento estas distinciones? ¿Podrán influir tratándose de atentado cometido sobre hombre? ¿Deberá aplicarse la pena del delito cometido en prostituta, al que se perpetrase en los desgraciados que llevan su abyección hasta constituirse en sujetos pasivos del in-mundo vicio? ¿Podrá en el interés del acusado aceptarse la investigación de la moralidad del ofendido?

La ley no ha debido, por decoro, prever especialmente estas distinciones, ni reclamo yo que lo haga; pero con haberlas enunciado simplemente creo que he demostrado la conveniencia de que se fije una pena con la amplitud necesaria, para la sodomia, sin referirse á las penas de la violación, ajustadas á criterios que no pueden siempre tenerse en cuenta en aquel delito.

582. El Código no ha definido, como lo hacía la ley de Partidas, el delito de sodomia. ¿Podrá éste cometerse en mujer? Acabo de darlo por supuesto en el número precedente; y por vía de esclarecimiento, transcribo mis conclusiones en un caso práctico.

El padre de la menor X. denunció á la autoridad que el individuo V. C. había cometido el delito de *estupro* en aquélla, menor de doce años. El informe médico dió cuenta de una lesión en el esfínter de dicha menor. La acusación fiscal imputó los delitos de violación, lesiones corporales y sodomia; y la defensa se limitó á sostener que sólo hubo el de lesiones, por no consistir la sodomia sino en el concúbite entre hombres.

Dije así: "Dadas las distintas denominaciones atribuidas en el proceso al delito de que se trata, es necesario establecer su verdadera calificación legal. Es, desde luego, falsa la denominación de *estupro*, dada en la denuncia, por no haberse cometido el delito en mayor de doce años, y no haberse empleado seducción (artículo 130 del Código Penal), no refiriéndose, por otra parte, en el informe médico, atentado alguno á la virginidad.

"Es asimismo inexacta la calificación de *violación*, atribuída por la acusación fiscal. Para la existencia de este delito es indispensable la aproximación sexual (artículo 127) y por tal debe entenderse la de los órganos sexuales del ofensor á los de la ofendida. En el caso *sub judice* no se ha atentado á un órgano del sexo.

"Tampoco conviene la de *lesiones corporales*, si éstas son una consecuencia de la satisfacción de apetitos deshonestos, y aquéllas quedan involucradas en el delito cometido con este fin.

"Respecto á la última calificación, la de *sodomia*, no hay definición legal. Las antiguas leyes entendían por ella "el pecado en que caen los omes yaciendo unos con otros contra natura é costumbre natural" (Proemio, tít. 21, Partida 7ª). Los médicos legistas entienden por

sodomia, la cópula con irracionales (Mata; *Medicina y cirugía legal*, t. 1º, pág. 487; Hoffman, *Elements de médecine légale*, pág. 108), y por último el diccionario de la Academia define aquella palabra: "concúbito entre personas de un mismo sexo ó en vaso indebido". Aunque este concepto fuera demasiado amplio, y conviniera con el de la glosa de la ley citada: "*idem in mulieribus, si una faemina cum alia agat, vel masculus cum faemina contra naturam*", no lo sería en este caso en que se trata del acto de un *hombre*.

"¿A cuál de los conceptos referidos debe atribuirse el uso de la palabra *sodomia*, en el artículo 129 del código penal? Es principio de buena interpretación admitir el sentido corriente ó usual de las palabras empleadas en la ley, antes que el sentido técnico de la medicina legal ó el de la definición de leyes derogadas, pues que debe presumirse la ley escrita en el lenguaje que habla el pueblo para que se dicta. En consecuencia, el delito perpetrado en la menor X es el de sodomía." (1)

(1) Este fallo fué confirmado por la Cámara de Apelaciones del Departamento del Centro de la Provincia de Buenos Aires.



CAPÍTULO VIII

ESTUPRO Y CORRUPCIÓN DE MENORES

(Artículos 130, 131 y 132)

583. Divergencias sobre la acepción del estupro.—584. Elementos legales del delito de estupro.—585. Virginidad de la ofendida.—586. Seducción.—587. Edad.—588. Opiniones sobre el concepto de la seducción.—589. Debiera penarse en general el atentado al pudor sin violencia.—590. Agravantes especiales del estupro.—591. En qué consiste el delito de corrupción de menores.—592. Crítica á la redacción del artículo 132.—593. Ejemplo de la jurisprudencia francesa.—594. La corrupción de menores á que se refiere la ley es la que se verifica para satisfacer pasiones de tercero.—595. Para la consumación del delito no es necesaria la corrupción ó prostitución efectiva de la menor.—596. La ley se refiere sólo á menores del sexo femenino. Crítica.—597. Observación sobre la gravedad de la pena.

583. Quizás no ocurran respecto de ningún otro delito mayores divergencias en la legislación y en la ciencia penal que las que tienen lugar al determinar los caracteres constitutivos del delito de estupro. Aun respecto

de la acepción ordinaria de la palabra, ocurren dudas de la mayor importancia, pues ya se la mira como expresión de todo goce de doncella, ya se le refiere al atentado al pudor de menores impúberes, ya se la reconoce como enunciativa de atentado en menores y con violencia.

En el lenguaje de nuestro Código parece usarse la palabra en acepción de acceso carnal.

Los términos el que *estupre á mujer virgen*, indican desde luego que para la ley la virginidad de la víctima es un elemento esencial del estupro como delito en el caso del artículo, pero sin correspondencia en el lenguaje común.

584. Las condiciones del estupro, delito del artículo 130, son tres: 1º virginidad de la ofendida; 2º edad, mayor de doce años y menor de quince; 3º seducción.

585. La virginidad de la ofendida, colocada como condición esencial del delito á que se refiere el artículo 130, hace suponer que sea también condición de la consumación del delito, el *desfloramiento*, reputándose que éste existe, según las conclusiones médico-legales, al producirse la rotura de la membrana himen.

No me parece jurídica esta conclusión. Un hecho cualquiera puede reputarse consumado ó no cuando está enteramente realizado el propósito del autor. En el estupro, no hay por qué preguntarse si es ó no propósito del autor la rotura del himen. Propósito indudable es la satisfacción de sus apetitos sexuales. El realizado en mujer no tocada aún puede entrar en el refinamiento de su sensualidad. El daño que de esto se sigue es de consideración, porque importa afrenta y deshonra para la

victima. Pero la afrenta y la deshonra nacen de haber sido ajada por la satisfacción del deseo venereo; no nacen de un accidente físico que, en la generalidad de los casos, puede producirse en el acto de la primera cópula, pero que por muchas circunstancias ó disposiciones naturales puede no ocurrir.

Tanto me parece esto exacto que siempre se vió posible que el estupro fuese cometido en mujer no doncella. Ya el Digesto distinguía el adulterio del estupro con estos términos: *adulterium in nupta admittitur: stuprum in vidua vel virgine vel puero committitur*.

Pacheco define el estupro el goce de una doncella, conseguido por seducción; pero esta definición me parece limitada al estupro de que puede ocuparse la ley. Creo de mayor exactitud la definición de Carrara: "el conocimiento carnal de mujer *libre y honesta*, precedido de seducción verdadera ó presunta, y no acompañado de violencia". Concuerda en esta idea también la nota de Tejedor, que glosando los términos "*mujer virgen*" agrega "*ó por lo menos de buena fama*".

586. Pero si el estupro en el lenguaje científico puede referirse á todo goce de mujer libre y honesta obtenido por seducción, no debe la ley cuidar de que ninguna mujer libre y honesta se deje seducir. Dice á este respecto con mucha propiedad Pacheco: "ni puede abandonar la ley á las perfidias de una seducción cualificada la suerte de una gran parte de la sociedad, ni debe tampoco constituirse en un cancerbero de virginidades dudosas". Que cada mujer cuide de su propia honra, que en ello estará su verdadera virtud; y no en salvarse mediante la severa pero ridícula vigilancia del Estado.

589. Tanto la fórmula de la *seducción* como la de “*interviniendo engaño*” dejará quizás demasiado al criterio de los tribunales, siendo aún posible que llegue á ser de todo punto ineficaz la ley.

Ésta, por otra parte, sólo busca una protección á la inocencia, y reduciendo la edad á los términos en que está reducida, paréceme que la protección de la ley debiera llegar hasta desconocer en la menor de quince años capacidad para prostituir su cuerpo, siempre que fuere virgen. Propongo abandonar el término *seducción* ó cualquier otro análogo, y aún cambiar el título de *estupro* por el de *atentado al pudor, sin violencia* para penar en todos los casos el goce de una *doncella* menor de quince años y mayor de doce, cometido sin violencia.

Este delito sería distinto del de violación, que siempre se comete en menor de doce años, sea ó no virgen la menor, sea inocente ó prematuramente prostituida. La virginidad y la edad serían las dos únicas condiciones esenciales de este delito.

590. Según el artículo 131 son circunstancias agravantes del delito de estupro y determinan un excedente de pena, el hecho de ejercer autoridad sobre la víctima, por sacerdote, por cualquiera persona encargada de la educación ó guarda de la menor, ó por su ascendiente ó hermano. La pena en estos casos será de tres á seis años de penitenciaría.

Los medios de defensa de la menor respecto de personas que tienen sobre ella dominio, son naturalmente menores, y en determinadas circunstancias pueden ser anulados. Esto debiera ser visto por la ley para elevar en estos casos la edad en la cual el hecho es punible, y

muy especialmente en el caso de incesto. Este es el principio adoptado juiciosamente por el código español.

591. El artículo 132 se refiere al delito de corrupción de menores. El que habitualmente ó con abuso de autoridad ó confianza, promoviére ó facilitare la prostitución ó corrupción de menores, será castigado con prisión de uno á tres años, si *la* menor tuviese menos de diez y ocho años y más de catorce; y con penitenciaria de tres á seis años, si *la* menor tuviese menos de catorce años cumplidos.

En este punto el Código difiere notablemente del proyecto Tejedor. El que habitualmente ó con abuso de autoridad ó confianza, se decía en éste, promoviére ó facilitare la prostitución ó corrupción de *menores* de veinte años, *para satisfacer los deseos de otro*, será castigado con un año de prisión.

El doctor Tejedor había tomado para su proyecto el artículo 367 del código español, que no ha sido alterado por la reforma de 1870, sino en cuanto á la pena. Como fundamento de la disposición, transcribía en la nota el comentario de Pacheco y el comentario oficial del código de Baviera; y tanto de estos comentarios como del texto del artículo, “para satisfacer los deseos de otro”, no podía inferirse sino que se trataba de castigar un lenocinio calificado.

Este es también el alcance que le da Viada, comentando el artículo 459 del código español de 1870: “el hecho que constituye el delito que aquí se prevé y castiga, dice, es conocido en castellano con el nombre de *lenocinio* ó con el más vulgar de *alcahuetería*, y también con el apelativo más gráfico (no admitido aún por la

Academia) de *proxenetismo*, derivado de la voz griega *προξενιτης*, que significa negociador. Téngase muy principalmente en cuenta que para que exista este delito es preciso que la prostitución ó corrupción de menores de edad (de *uno ú otro sexo*, pues que la ley no distingue) que se promueve ó facilita, tenga por objeto satisfacer los deseos de *otro*, y que por lo tanto el que la facilita ó promueve para satisfacer *sus propias* pasiones, comete, es cierto, un acto contrario á la religión y á la moral, pero no está sujeto á la sanción del código (1)."

592. Habiéndose suprimido en la redacción de nuestro artículo los términos *para satisfacer los deseos de otro*, que constaban en el proyecto Tejedor, y en la fuente del artículo de este último, el código español, ¿deberá entenderse extendida por nuestro artículo la disposición del caso de la prostitución en provecho de las propias pasiones?

Si nuestros legisladores hubieran tenido presente las discusiones á que ha dado lugar en Francia hasta hoy, y en Bélgica hasta 1846, la redacción que ha adoptado en el artículo 132, se hubieran expresado de manera que la duda no fuera posible.

El artículo 334 del código francés dice: "el que atentar á las buenas costumbres, excitando, favoreciendo ó facilitando habitualmente el libertinaje ó corrupción de jóvenes de uno ú otro sexo, menores de veinte y un años, será castigado, etc."

En Bélgica, la ley de 15 de Junio de 1846 agregó: *para*

(1) VIADA, *Código penal reformado de 1870*, 3ª ed., pág. 580.

satisfacer las pasiones de otro. “Este artículo, dice Nypels había dado lugar á una viva controversia en Francia, y en Holanda lo mismo que en Bélgica. Unos pretendían que no se aplicaba sino al proxenetismo; otros, estimando que el legislador había entendido proteger la juventud contra la corrupción, cualquiera que fuera su objeto, sostenían que la disposición era aplicable también á los que corrompen la juventud para satisfacer sus propias pasiones.” (1)

Para la solución en el sentido de que el artículo no ha entendido referirse á la prostitución ó corrupción de menores para satisfacción de pasiones propias, pienso que son de todo punto acertados los comentarios de Chauveau y Hélie. En el lenguaje ordinario, se preguntan ¿es *favorecer* la prostitución tratar de seducir á una mujer en interés de la pasión propia? Nó, es ejecutar un acto de corrupción, pero no es favorecerla ni facilitarla; el que la excita, el que la facilita, el que provee los medios de aproximación, que se hace agente de corrupción, es el instrumento por medio del cual se consuma la prostitución. He ahí el sentido natural de las expresiones de la ley; cada uno de sus términos lo confirma (2). ¿Cómo admitir, agregan más adelante, que la ley hubiera podido confundir en la misma disposición, en la misma penalidad, dos hechos distintos? La acción del hombre que arrastrado por la pasión seduce y corrompe á una menor ¿es acaso la misma que la acción del mercenario que se hace intermediario de la corrup-

(1) NYPELS, *Code pénal interprété*, tomo 3º, página 178.

(2) *Théorie du code pénal*, número 1533.

ción, y que trafica con ser mensajero de proposiciones vergonzosas y con entregar á las víctimas á la prostitución? El primero es un hombre inmoral; el segundo es un ser infame; si uno seduce es para él mismo; el otro no tiene pasiones, corrompe por el oro; es su comercio y su profesión; el primero no es sino accidentalmente corrompido; el segundo hace oficio de seducir jóvenes para entregarlas á la corrupción; hace más, excita los deseos del corruptor, halaga y mantiene las vergonzosas pasiones de que vive (1).

593. Lo que comprueba aún más la mala redacción del artículo es que la jurisprudencia francesa, después de haberse pronunciado durante algún tiempo en un sentido, se ha pronunciado en sentido contrario, volviendo luego á su primera interpretación y después á la segunda. Después de haberse juzgado en varios fallos que el que obra en interés de sus pasiones personales y el que excita á la corrupción para satisfacer las pasiones de otro, están igualmente comprendidos en la disposición del artículo 334, se resolvió en Mayo de 1832 que el artículo no era aplicable sino á los individuos que excitan, favorecen ó facilitan habitualmente la prostitución ó la corrupción de la juventud, no para satisfacer su propia brutalidad sensual, sino para los placeres ilícitos de otros. Carnot, mencionando esta sentencia, dice que en su opinión es esta la verdadera y aún la única manera de entender y de aplicar el artículo 334 del código penal (2). Sin embargo, hasta 1840 se volvió á la jurisprudencia primitiva, fiján-

(1) *Théorie du code pénal*, número 1534.

(2) CARNOT, *Commentaire sur le code pénal*, 2ª ed., tomo 2º, pág. 120.

dose por último la interpretación correcta en estos términos: "que por el parágrafo 1º del artículo 334 se castiga cualquier atentado á las costumbres, excitando, favoreciendo ó facilitando habitualmente la prostitución ó la corrupción de la juventud; sin que haya podido indicarse mejor el proxenetismo que caracterizándolo como lo ha hecho de atentado á las costumbres, etc." (1)

594. Del contexto del capítulo puede argumentarse también en nuestro Código que el artículo 132 no puede ser aplicado sino al *tercero* ó mediador que promueve ó facilita la corrupción de menores. Desde luego, los términos promover ó facilitar, deben entenderse de la misma manera que en Francia los términos excitar, favorecer, facilitar, como la acción del que prostituye ó rompe para otro.

Por otra parte, se ha visto en los artículos 130 y 131 que el estupro de mujer virgen mayor de doce años y menor de quince se castiga con prisión de uno á tres años. ¿Qué motivo habría para imponer una pena igual cuando se hubiera promovido la corrupción en provecho propio de la mayor de catorce y menor de diez y ocho? Habiendo en ésta mayor discernimiento habría que contar como muy atenuada la culpabilidad del seductor.

Además, los artículos 130 y 131 penan el delito del que procura la satisfacción de los propios goces, el primero cuando la víctima es extraña, el segundo cuando está sometida á la autoridad ó ligada por parentesco al autor del delito. Lógicamente, la disposición siguiente

(1) Véase *Théorie du code pénal*, número 1535.

sólo puede referirse al que procura la satisfacción de pasiones de tercero.

595. Una observación importante para la aplicación de este artículo es la de que el delito consiste en *promover ó facilitar* la prostitución ó corrupción; está perfecto con la realización de aquellos actos, de modo que no es necesario que la menor se haya efectivamente corrompido ó prostituido. El delito resulta únicamente, dice Nypels, del papel de proxeneta, de los esfuerzos que haya hecho para corromper ó prostituir á la menor. El legislador no inquiere el resultado de sus esfuerzos (1).

En una sentencia del Tribunal Supremo de España se resolvió “que el hecho de facilitar la corrupción de una menor queda terminado desde el momento en que se pone ésta á disposición de otro para que abuse de ella como le convenga, y la inmoralidad del hecho no depende de que el abuso haya sido ó no llevado al último extremo, toda vez que la perversidad consiste en la corrupción de la virtud y honestidad, entregándolas á los excesos vergonzosos de la prostitución ó de los halagos inmorales del vicio, sin la defensa que da la edad y la mayor inteligencia de los males consiguientes (2).

596. Una reforma que surge de la nueva redacción del artículo es la de que la ley sólo se preocupa de la prostitución ó corrupción de menores del sexo femenino. Difiere en ésto del proyecto Tejedor y de los códigos españoles que al hablar de *menores*, sin distinción, com-

(1) *Code pénal interprété*, tomo 3º, página 179; VIADA, *Código penal de 1870*, 3ª edición, página 581.

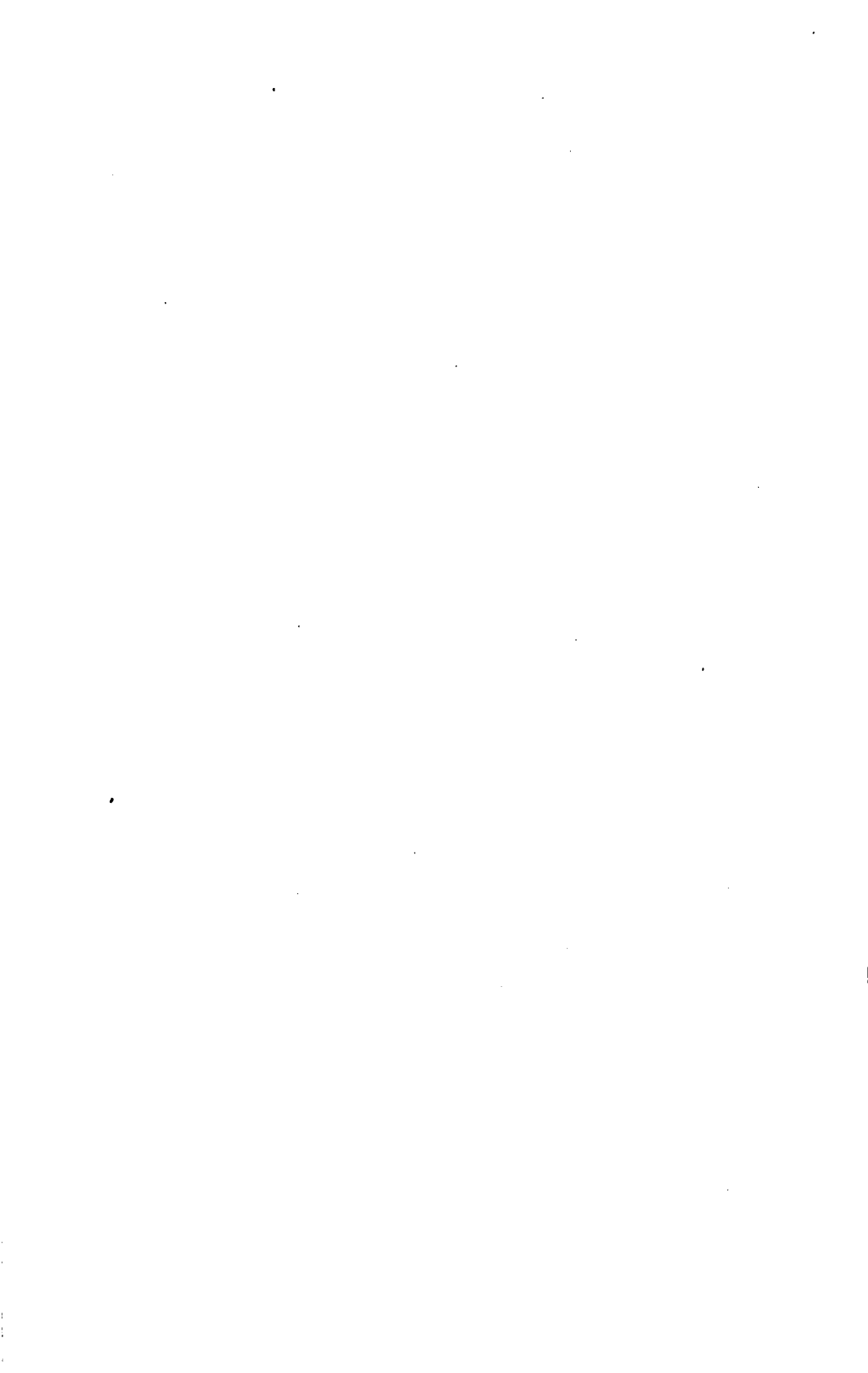
(2) VIADA, ob. cit., suplemento primero, página 332, y suplemento tercero, página 317.

prendían á los de los dos sexos; y del código francés, del belga, del que rigió en Nápoles y del español de 1822, en los cuales se ha consignado expresamente que se trata de menores de uno ú otro sexo.

En este punto el nuevo código oriental concuerda con el nuestro.

No encuentro un motivo suficientemente fundado para esta benignidad de la ley. Se podrá decir que el delito no es frecuente; se podrá pensar, aún, que no existe en el país; ó que es repugnante aún la mención. Pero ninguno de estos motivos basta para el silencio de la ley. El hecho es posible, y la punibilidad me parece indudable.

597. Una última observación podría hacerse al artículo, relativa á la medida de las penas. La pena de penitenciaría, que puede ser aumentada hasta seis años, es excesiva, en comparación con la benignidad general del Código. En el código francés, regularmente tan severo, la pena es de seis meses á dos años y multa de cincuenta á quinientos francos; si el delito fuese cometido por ascendientes, etc., la pena será de prisión de dos á cinco años y multa de trescientos á mil francos. En el código oriental es de quince á diez y ocho meses, en el primer caso, aumentada con uno ó dos grados en el segundo. En el código español es de prisión correccional en sus grados mínimo y medio, esto es, seis meses á dos años y cuatro meses en el primero; dos años cuatro meses y un día á cuatro años y dos meses en el segundo.



CAPÍTULO IX

DEL RAPTO

(Artículos 133 á 138)

598. Circunstancia que caracteriza esencialmente el delito de rapto. — 599. El fin del delito resulta de la interpretación de la ley. — 600. Diversos casos de rapto. — 601. Rapto de mujer casada, ejecutado con violencia. — 602. Rapto de mujer casada, con su consentimiento. — 603. Rapto de menor de doce años. — 604. Rapto de viuda honesta ó doncella mayor de doce años. — 605. Rapto en menor de quince años. — 606. Rapto con intención de contraer matrimonio. — 607. Rapto no comprendido en los casos anteriores. — 608. Rapto con violación ó estupro. — 609. Presunción legal de homicidio. — 610. Opinión de Pacheco y refutación.

598. De los términos en que están redactadas en nuestro Código las disposiciones referentes al rapto, no resulta, á primera vista, cuales son los elementos esenciales de este delito. Se habla en ellos de rapto con violencia y con consentimiento; de rapto de mujer casada, de viuda honesta, de doncella mayor de quince años, menor de esta edad y aún de menor de doce años. Todas estas

circunstancias proporcionan otros tantos criterios de gravedad del delito. Es preciso buscar el elemento esencial ó característico del rapto en el *fin* con que el agente ejecuta el hecho, esto es, en la *intención* con que procede. En la doctrina en general, y aun en el lenguaje común, se conviene en que por rapto debe entenderse la sustracción de una mujer con mira de satisfacer deseos sensuales ó de casarse con ella. Prescindase de considerar este fin, y el hecho encontrará su represión en otro título del Código.

599. Que este fin del delito se ha tenido en cuenta por la ley, es indudable, aunque no se consigne expresamente. El capítulo *del rapto* está incluido en el título *Delitos contra la honestidad*, y es, á mi juicio, indispensable que, salvo una excepción expresa, se considere ejecutado un delito especial sólo en tanto los elementos materiales y morales que aparezcan en el caso concuerden tanto con la calificación especial como con la general. La sustracción violenta de una mujer casada no podrá, por ejemplo llamarse rapto, si se hace con propósito de lucro (exigir una suma por su devolución), aunque nada se diga sobre ello en el capítulo del rapto, porque de ninguna manera aparecería en este hecho un delito *contra la honestidad*, que es la calificación del título. La excepción expresa se encuentra con motivo del rapto ejecutado con intención de casarse. El matrimonio, que es una institución social, no es un fin deshonesto.

600. Para determinar la penalidad, el Código distingue diversos casos de rapto: 1º el de mujer casada, ejecutado con violencia; 2º el ejecutado, de mujer casada, con su consentimiento; 3º el de menor de doce años, con vio-

lencia ó consentimiento; 4º el de viuda honesta ó doncella mayor de doce años, con violencia; 5º el de menor de quince años, con su consentimiento; 6º el ejecutado con intención de casarse; y 7º el no comprendido en los casos anteriores.

601. El rapto de mujer casada, ejecutado con violencia, se castiga con la pena de penitenciaria de tres á seis años. Corresponde á este caso una observación análoga á la que hice sobre la violación de la mujer casada. La simple calidad de casada no es suficientemente justificativa de una agravación especial. La condición de la mujer casada merece el mayor respeto; pero es en tanto no aparezca manifiestamente una conducta indigna de tal estado. ¿Qué se diría de la mujer casada que fuera robada de la casa del amante ó de un sitio de prostitución? ¿Habría que imponer al raptor la misma pena que por el rapto de una casada honesta? Me parece que habría justicia en que la ley facilitara esta distinción, mucho más cuanto que no pudiendo tomarse como atenuante la mala conducta de la ofendida, por no estar consignada entre las atenuantes generales, la distinción que reclamo no es posible en la ley actual ni aun en los límites del máximo y minimum.

602. El rapto de mujer casada ejecutado *con su consentimiento*, no aparece que debiera calificarse de rapto, sino de adulterio ó tentativa de este delito. La ley dice *con su consentimiento*, sin distinción alguna, é impone la pena del adulterio. Pero el consentimiento puede ser libre y espontáneamente manifestado, por impulso deshonesto de la que debe ser robada; ó puede ser por engaño. Interviniendo el primero no debiera hablarse de rapto, sino

de adulterio; cuando aparece el segundo, la gravedad del hecho es casi la misma que la de la violencia. Para comprobar la justicia de esta observación bastaría confrontar estos ejemplos: el caso en que la mujer casada accediera á ser conducida á casa del amante, y el de la mujer casada que, ignorando donde se halla el marido, accediera á ser llevada junto á éste. En ambos casos habría mediado consentimiento de la mujer casada; pero la gravedad es muy distinta en los dos. Es más justa, pues, que la fórmula de nuestra ley la adoptada por el código italiano: el que con *violencia, amenaza ó engaño* comete el rapto de mujer casada es castigado con reclusión de tres á siete años; al que lo comete sin aquellas circunstancias, pero con consentimiento de la misma, se castiga con reclusión de tres meses á seis años.

603. El rapto de una menor de doce años, es castigado con pena de tres á seis años de penitenciaria. La ley quiere evitar distinciones que siempre serían infundadas, y agrega: sea que se ejecute con violencia ó con consentimiento. En ningún caso podría tenerse en cuenta el consentimiento de una menor de doce años.

604. El rapto de viuda honesta ó doncella mayor de doce años se castiga con prisión de uno á tres años, siendo ejecutado con violencia. Si no mediere esta circunstancia, y la doncella fuese mayor de *quince* años ó se tratare de viuda honesta, no habría delito. Esto resulta claramente del artículo 135.

605. El rapto ejecutado en menor de quince años y mayor de doce *con su consentimiento*, se castiga con pena de arresto por seis meses á un año. No hay en esto lógica consecuencia con lo que se dispone respecto del es-

tupro. El estupro de mujer virgen mayor de doce años y menor de quince, es castigado solamente cuando se hubiera empleado *seducción*. La que merece protección de la ley es la mujer virgen que ha sido *seducida*; no la que por propia inclinación se entrega á los brazos del amante. De la misma manera, no debiera ser el consentimiento en el rapto lo que se tuviera en cuenta para esta imputabilidad, sino la *seducción*, el *engaño*.

606. El rapto ejecutado con intención de casarse, de que habla el artículo 135, es solamente el cometido en menor de quince años y con el consentimiento de ésta. El rapto ejecutado en mayor de quince años, con su consentimiento, no está reprimido. La pena de aquél es de arresto por uno á tres meses.

607. El rapto no comprendido en los casos anteriores es castigado solamente si mediere violencia, con arresto de uno á seis meses. Los casos no comprendidos serían el de viuda *no honesta* ó mayor de doce años *no doncella*. Creo inútil extenderme sobre las cuestiones á que esta última circunstancia podrá dar lugar. Corresponderá á los magistrados el más delicado examen de las pruebas que produzca el acusado al negar la doncellez de la raptada.

608. La violación y el estupro son delitos eminentemente mayores en gravedad que el rapto. La ley dispone que cuando en el rapto hubiese violación ó estupro se impondrá la pena de estos delitos considerándose el rapto como circunstancia agravante.

609. El artículo 138 dispone que el raptor que no entregue la persona robada ó no dé razón satisfactoria de su paradero, sea castigado como homicida. En este artí-

culo, tomado textualmente del proyecto Tejedor, se crea una presunción *juris* de la mayor gravedad y trascendencia, muy especialmente si los procedimientos no autorizan el recurso de revisión. Es muy probable que el rapto sea ejecutado en interés de tercero y mediante remuneración, sin que el autor material del hecho conozca el destino que tendrá la persona robada en manos del mandante del delito. Pero aunque así no sea, condenar á un hombre como homicida, sin que esté probada la muerte de la víctima, me parece una cosa tan caprichosa, dados los progresos de la ciencia penal, que casi podría llamársela una monstruosidad. Castíguese el caso con una pena grave, tan grave como la del homicidio, si se quiere, pero sujeta á la condición de reducirse á una medida determinada si apareciere la persona robada. La mala forma dada á la disposición de nuestro código consiste en haber traducido á texto legal estas palabras del comentario de Pacheco: si se perdiese ó desapareciese la mujer robada no cabe duda alguna en lo que debe hacerse respecto del raptor. La ley le mira muy justamente como responsable de un presunto delito, el cual *siendo según todas las probabilidades la muerte de aquella víctima*, no puede menos de ser castigado etc. (1). Pero esta consideración no basta para penar un homicidio *presunto*.

610. Una cuestión que discute el mismo Pacheco sobre la aplicación de esta disposición, es la de si ella se refiere solamente á los reos de rapto, en el sentido que en el capítulo se da á la palabra, ó si se refiere á los reos de cualquier robo de persona en el sentido de atentado

(1) PACHECO, *El código penal etc.*, tomo 3º, página 151.

contra la libertad, aunque no sea con propósitos carnales, y se inclina á esta última solución, que ha sido justamente contestada por Viada (1). Basta, en mi opinión, tener presente que se trata de *delitos contra la honestidad* para pensar que de ninguna manera puede extenderse la disposición de nuestro artículo 138 al caso que supone Pacheco. \

(1) *El código penal de 1870*, página 587.



CAPÍTULO X

DISPOSICIONES COMUNES Á LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

(Artículos 139 á 142)

611. La acción en los delitos contra la honestidad depende de la acusación ó denuncia privadas. — 612. Jurisprudencia sobre la nueva disposición. — 613. Quienes pueden acusar ó denunciar. — 614. No es necesario que el denunciante tenga poder legítimamente constituido. — 615. ¿ Puede la madre de la ofendida ser denunciante contra el padre de la misma ? — 616. Casos en que procede libremente la acción pública. — 617. Remisión de la pena por el matrimonio con la ofendida. — 618. Fundamentos para admitir la remisión por el perdón de la misma. — 619. Caso práctico de perdón sin efecto por oposición de la ley. — 620. Complicidad de los guardadores. — 621. Condenación pecuniaria.

611. En el capítulo de las disposiciones comunes á los delitos contra la honestidad, la que prima en importancia es ciertamente la del artículo 141: “no se procederá á formar causa por los delitos expresados en el presente Título, sino por *acusación ó denuncia* de la inte-

resada ó de la persona bajo cuyo poder se hubiese hallado cuando se cometió el delito". Esta regla establece claramente que el ejercicio de la acción es *pública*, aunque dependiente de una acusación ó denuncia *privadas*; y constituye una excepción que la confirma, aunque al redactar el artículo no se haya tenido presente lo dispuesto en el artículo 124, que atribuye solamente al cónyuge ofendido la *acusación* por adulterio, excluyéndose la mera denuncia.

612. Las palabras *acusación* ó *denuncia* han terminado con la discusión á que daba lugar la aplicación de la disposición análoga en el código Tejedor, que usaba los términos *acusación* ó *instancia*, y que habían dividido la jurisprudencia de los tribunales, entendiendo unos que el término *instancia* era simplemente explicativo de *acusación*, y otros, que se refería á la mera *denuncia*, que es el conocimiento en que se pone á la autoridad judicial ó policial de la perpetración de un delito á fin de que proceda.

No obstante la claridad del nuevo texto, y ser bien conocido el motivo de la modificación, fué llevado el caso á resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que declaró que los términos de la ley al requerir la *acusación* ó *denuncia* de interesado para proceder á formar causas por delitos contra la honestidad, "importan una restricción á la acción pública, en consideración al interés de la parte ofendida, pero no la convierten en acción privada; y que la sustitución de la palabra *instancia*, usada en el artículo 266 del antiguo código, por la palabra *denuncia*, usada en el artículo 141 del Código vigente, importando una modi-

ficación substancial de la ley en esta materia, demuestra que no puede invocarse la jurisprudencia formada bajo la ley anterior". (1)

613. Esa denuncia está reservada, según el mismo artículo 141 á *la interesada*, debiendo entenderse por tal la víctima del delito, ó á la persona bajo cuyo *poder* se hubiese hallado cuando se cometió el delito.

En la segunda parte del artículo se previene que si el delito se cometiese contra una impúber que no tenga *padres ni guardador*, puede acusar cualquiera del pueblo ó procederse de oficio, lo mismo que en el caso en que el delito fuese cometido por su ascendiente, tutor ó cualquiera persona *encargada de la guarda de la menor*.

614. Se ha suscitado con este motivo la cuestión de saber si los términos *persona bajo cuyo poder*, *persona encargada de la guarda*, y *guardador* se refieren á un poder legítimamente constituido por la ley ó á la mera tenencia ó guarda efectiva de la menor.

Vigente el código Tejedor, tanto la jurisprudencia de las Cámaras de Apelación de la Capital Federal, como la de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires declararon que el artículo se refería á un poder legítimamente constituido. Sin embargo, ya entonces opinó la minoría de la Cámara del Crimen de la Capital que "no debía tomarse la palabra *guardador* como referente al representante legal de que habla el código civil al establecer el cargo de tutor y curador de los incapaces, desde que esa palabra no está consagrada en aquel código, que es de fecha anterior al Código Penal; que para con-

(1) *Acuerdos y sentencias*, 3ª Serie, tomo 4, página 95.

vencerse de que el guardador á que se refiere el artículo no tiene la aplicación restringida que se pretende, basta fijarse en la redacción del mismo artículo, puesto que en la primera parte determina entre las personas que pueden acusar tal delito á las que tuviesen á la interesada bajo su poder, y como en la segunda parte permite que se proceda de oficio cuando la víctima fuese una impúber que no tenga padres ni guardador, es claro por demás que en el sentido del artículo en cuestión la palabra *guardador* está usada en un concepto que se opone á las restricciones que se le da". (1)

Conozco sentencias de Cámara en que se continúa bajo la nueva ley la jurisprudencia de la antigua. Pero hoy me parece indudable la solución contraria. A los fundamentos que he citado de la Cámara de la Capital se puede agregar otros. Tanto el doctor Tejedor para la redacción de su proyecto, como las comisiones revisoras de éste, tuvieron á la vista el código español en el que la personería para intentar la acción se acuerda al tutor, padre ó abuelo, ó padre, abuelo, hermano, tutor ó curador, según los casos. Si el modelo clasificaba así las personas á quienes atribuía facultad para acusar, y se adoptó una expresión distinta, hay motivo serio para suponer que se haya querido extender á todo guardador la facultad de denunciar. Una menor que queda bajo la guarda de una persona, está verdaderamente bajo una tutela conferida sin formalidades legítimas, pero que en el hecho es exactamente la misma. Al guardador se le

(1) Voto de los Jueces Barra y Bunge, *Jurisprudencia criminal*, tomo 4º, página 105.

ha confiado la vida, la salud y la honra de la menor, y así como podrá ocurrir al médico cuando peligren aquéllas, podrá pedir el auxilio de la autoridad cuando ésta se comprometa, y el castigo cuando hubiese ofensa.

Pero lo que me parece más decisivo de mi tesis, bajo la ley actual, es el final del artículo 141, que no existía en el código Tejedor, y en el que se usa las palabras *ascendiente, tutor, ó cualquiera persona encargada de la guarda de la menor*. La ley está refiriéndose en todo el artículo al poder legítimamente constituido, lo mismo que á la mera tenencia ó guarda de la ofendida.

615. De la aplicación estricta de los términos del artículo 141 se ha deducido también que la madre de la ofendida no podría ser denunciante contra el padre de la misma si éste fuera el autor del delito. Si se admite que se requiere para intentar la acción ó presentar la denuncia un poder legítimamente constituido, ese poder lo tiene por la ley el padre, y no recae en la madre sino cuando el padre lo pierde. Así lo resolvió la Cámara de Apelaciones del Departamento del Centro, Provincia de Buenos Aires, en 1883. La Suprema Corte revocó esta sentencia porque “si la severidad de los tratamientos y hasta los malos ejemplos autorizan la pérdida del derecho de la patria potestad, según el artículo 46, título 3º, libro 2º del Código Civil, es fuera de duda que tal potestad, no puede ser conservada por el autor de un delito el más repugnante, el más contrario á los objetos de la institución de aquélla, y que el código penal castiga de una manera inequívoca; que si el padre delincuente no puede conservar la patria pótstad, sobre el sujeto mismo de esa delincuencia, aquel poder debe pasar á la ma-

dre, según el espíritu del artículo 42 del título citado, á lo menos en cuanto el ejercicio de ese derecho se relaciona con la acusación y castigo del delito". (1)

El defecto de esta sentencia está en admitir que la patria potestad acaba de pleno derecho, y desde el momento en que la madre quiera promover la escandalosa acusación contra el marido. Ciertó es que los jueces pueden privar de la patria potestad por ejemplos inmorales que dieran los padres; pero esta es una resolución prejudicial, y la patria potestad subsiste íntegra mientras una sentencia judicial no la restrinja.

Si se reconociera, en cambio, que los términos "bajo cuyo poder se encuentre la menor", no se refieren á un poder legitimamente constituido, sino á una tenencia ó guarda que llevara en si misma el deber de cuidar la honra de la menor, sería claramente procedente la denuncia de la madre contra el padre.

616. La segunda parte del artículo autoriza la acusación por cualquiera del pueblo ó el procedimiento de oficio, cuando el delito se cometiese contra una impúber que no tenga padres ni guardador. El texto es bien claro: habiendo padres ó guardador nadie sino ellos pueden promover la investigación y castigo del delito. Pero en los Tribunales se ha manifestado la misma tendencia de declarar terminada de pleno derecho la patria potestad por los ejemplos inmorales. La misma mayoría de la Cámara de Apelaciones de la Capital lo ha declarado así, y sancionado el procedimiento de oficio, aun cuando conste que la menor está bajo la patria potestad. La

(1) *Acuerdos y sentencias*, 2ª Serie, tomo 8, pág. 235.

minoría ha contestado que “ cuando se trata del delito de violación por la circunstancia de la menor edad de la víctima, sólo es permitido el procedimiento de oficio cuando aquélla no tiene padre ni guardador, que el silencio que éstos guardan no puede ser discutido; es un derecho que la ley les acuerda para acusar al violador de su hija ó curada, que no reconoce por fundamento la patria potestad, sino el afecto y la suma de atenciones con que la naturaleza y la misma ley los liga á esos seres indefensos. Si la víctima es impúber y sus padres no ejercitan el derecho de que se trata, no hay razón ni circunstancia bien significativa que puedan hacerse valer para arrebatárles ese derecho, y lo que es más para dejar sin efecto la prescripción legal, pasando por encima de la voluntad de sus padres, que no tienen la menor obligación de explicar su conducta. Estas divergencias respecto de la aplicación de la segunda parte del artículo, tal como estaba redactado en el código Tejedor, son las que han dado motivo á que este punto fuera de una vez resuelto por la ley, y es por ello que el artículo termina con estas palabras: “ lo mismo que en el caso de que el delito fuese cometido por su ascendiente, tutor ó *por cualquiera persona encargada de la guarda de la menor*”. (1)

617. El artículo 140 dispone que en los mismos casos de violación, estupro ó raptor de una mujer soltera, quedará exento de pena el delincuente, si se casara con la ofendida prestando ella su libre consentimiento, después

(1) Votos de los Jueces Barra y Bunge: *Jurisprudencia criminal*, tomo 3º, página 169.

de restituirla á poder de su padre ó guardador ó á otro lugar seguro. El artículo está textualmente tomado del código Tejedor. No hay por él lugar á las discusiones que provocaba el texto del código español y que Pacheco comentaba en el sentido en que nuestro artículo resuelve la cuestión, esto es, de que no basta el mero ofrecimiento ó disposición del ofensor para casarse sino que es menester el concurso de la libre adquiescencia de la ofendida (1), opinión que aceptó Tejedor al proyectar su artículo.

618. Fuera de este caso una vez instaurada la acción ó formulada la denuncia, la acción pública no se suspenderá por la renuncia ó perdón de la ofendida ó del acusador ó denunciante. La acción no pierde su carácter de pública por depender su iniciación de la denuncia del interesado.

Esta solución resulta manifiestamente indudable de la circunstancia de haberse sustituido, como queda dicho, la palabra *instancia* por la palabra *denuncia* del artículo 141.

El artículo 463 del código español resuelve las cuestiones de que acabo de tratar, de otra manera. “No puede procederse, según él, por causa de estupro sino á *instancia* de la agraviada ó de sus padres ó abuelos ó tutor. En las de violación y en las de rapto ejecutado con miras deshonestas, bastará la denuncia de la persona interesada, de sus padres, abuelos ó tutores, aunque no formalicen instancia. Si la persona agraviada careciese por su edad ó estado moral de personalidad para

(1) PACHECO, *El código penal*, tomo 3º, página 318.

comparecer en juicio, y fuese, además, de todo punto desvalida, careciendo de padres, abuelos, hermanos, tutor ó curador que denuncien, podrán verificarlo el Procurador Síndico ó el Fiscal por fama pública."

Pero en todos estos casos el perdón expreso ó presunto de la parte ofendida extinguiría la acción penal ó la pena si ya se hubiese impuesto al culpable, no debiendo presumirse el perdón sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor.

Considero digna de aprobación estas disposiciones. La más importante distinción entre ellas y nuestro Código está en los efectos que atribuye al perdón. Ciertamente es que podría temerse que este sistema se prestara, en los casos de un perdón distinto del matrimonio, á un negocio indigno. El violador podría quedar exento de pena mediante algunos billetes de banco que diera á la ofendida. Podría decirse además que en los casos de violación, estupro y rapto, no es solamente del interés de la ofendida de que se trata, sino también del interés de la sociedad. Pero es también cierto que con excepción de los casos en que el delito se perpetrara en una menor de doce años ó en una incapacitada por hallarse privada de razón ó de sentido, sería muy justo tener en cuenta que el perdón podría tenerse como una manifestación indudable de la falta de ciertos elementos legales del delito que los tribunales se apresuran á reconocer fácilmente, por ejemplo, la fuerza ó intimidación, ó la seducción ó el engaño. Una mujer no ha resistido todo cuanto otra verdaderamente pura resistiría, y en la primera reacción de su debilidad, en el primer momento en que sus padres ó guardadores tuvieran conocimiento del

hecho, se llevaría fácilmente una denuncia á la autoridad. Volviendo luego al convencimiento de que no toda la culpa debiera imputarse al acusado ¿deberá esperarse que los denunciantes se presenten á manifestar la falsedad ó la exageración de su denuncia? Esto es imposible, y la ley, en cambio, debe dejar bien abierta la puerta del perdón.

619. Sufre hoy el presidio en Sierra Chica un jóven á quien absolvi en causa de violación, por considerar improbados los extremos necesarios para declararle culpable, y á quien volvería á absolver, no obstante la condenación de la Cámara de Apelaciones. En el caso se trataba de cuatro jóvenes que salieron de un baile en la campaña, acompañando á dos muchachas, una de trece y otra de diez y siete años, que gozaban de suficiente libertad para permitirse tales pascos sin compañía de una persona seria. A la mañana siguiente, la madre de éstas denunció á la autoridad que habían sido violadas. Segun los informes médico-legales, la mayor presentando signos de una desfloración muy anterior al hecho denunciado, no ofrecía ninguno de la violencia reciente; la menor presentaba signos de reciente desfloración. Poco después la madre denunciante se presentó al Juzgado perdonando á todos los acusados, tres de los cuales son aún prófugos, perdón que no pudo surtir efecto legal inmediato. Siendo la menor mayor de doce años, el signo de reciente desfloración no era prueba de la violación, porque podía tratarse del delito de estupro y requerirse entonces la prueba del empleo de seducción.

La violación de la mayor era hecho más difícil aún de ser probado, mucho más si se recuerda que Voltaire

refiere que cierta reina rechazó la acusación hecha por una mujer, sobre violación, de que se decía víctima, y para darle á entender la razón que la asistía procediendo de esta suerte, le entregó una espada, obligándola á que metiese su punta en la vaina que la reina tenía en la mano en continuo movimiento. La mujer nunca pudo envainar la espada y de ello tomó pié la reina para significar á la quejosa que no había opuesto toda la resistencia debida. (1)

En el caso de que trato, la sentencia de la Cámara fué confirmada, por haberse interpuesto malamente por el defensor el recurso ante la Corte.

620. Por el artículo 142 se declara que los ascendientes, tutores, curadores, maestros y cualquiera persona que con abuso de autoridad ó encargo cooperase como cómplice á la perpetración de los mismos delitos, será castigado con la pena de los autores. El delito estaría en estos casos agravado por un acto de lenocinio, semejante al que la ley castiga bajo la calificación de corrupción de menores.

621. Por el artículo 139 se prescribe que los reos de violación, estupro ó rapto serán, además, *condenados* á dotar á la ofendida, si fuese soltera ó viuda, en proporción á sus facultades.

Aunque lo que se dispone por esto es que el condenado debe la indemnización civil, se habla de condenación en tal sentido, que creo manifiesta intención de la ley la de prescribir que en la misma sentencia en que se impone la pena corporal se imponga la pecuniaria.

(1) Cita de MATA, *Medicina legal*, tomo 1º, pág. 369.



CAPÍTULO XI

MATRIMONIOS ILEGALES

(Artículos 143 á 149)

622. Objeto del título del Código *Matrimonios ilegales*. — 623. Reformas recientes en la institución del matrimonio. — 624. Las prescripciones de este título del Código sólo se aplicarán en sanción del matrimonio civil. — 625. Excepción de los matrimonios celebrados con anterioridad á la ley de matrimonio civil. — 626. Matrimonios ilegales. — 627. Aceptación legal de la bigamia: el delito se comete en un *acto* y no en un *estado*. — 628. Solución contraria de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Su fundamento expuesto por el Sr. Juez de la Corte doctor Varela. — 629. Legislación comparada. — 630. La jurisprudencia y la doctrina francesas son perfectamente aplicables á nuestro artículo. — 631. No hay continuidad en el delito de bigamia. — 632. Jurisprudencia italiana. — 633. Cuestión sobre la jurisdicción competente para juzgar la validez del matrimonio anterior ó del nuevo. — 634. Matrimonio con impedimento no dispensable. — 635. Simulación de matrimonio. — 636. Matrimonio con impedimento dispensable. — 637. Sorpresa ó engaño de un párroco para hacerle intervenir en un matrimonio ilegal pero válido. — 638. Pena del eclesiástico que autoriza un matrimonio ilegal. — 639. Matrimonio ilegal de un menor. —

640. Pena pecuniaria. — 641. Ejercicio de la acción por matrimonio ilegal. — 642. Sanciones penales de la ley de matrimonio civil.

622. El título cuarto del libro segundo del Código contiene las disposiciones cuyo objeto es sancionar con las penas propias de la ley penal, las leyes civiles que organizan el matrimonio, base de la familia y elemento importantísimo del buen orden social. Las simples indemnizaciones de daños y perjuicios de la ley civil no serían suficiente castigo de los males gravísimos que, dados los principios que generalmente admitimos como fundamentales de la sociedad, importaría la transgresión de las reglas que rigen el matrimonio.

623. La Iglesia, que en todo tiempo pretendió el gobierno de la sociedad, había asumido desde muchos siglos atrás el derecho de organizar la familia; y, desnaturalizando la esencia del matrimonio, había convertido éste de contrato civil en institución religiosa, atribuyéndole el carácter de sacramento.

Por mucho tiempo la legislación civil, sometida á la influencia de las ideas religiosas había atribuido al matrimonio el carácter de institución religiosa. Nuestro sabio autor del Código Civil había creído que para la sociedad argentina no podía legislarse de otra manera. “Las personas católicas, decía, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer el matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato condenado por su religión y por las costumbres del país. La ley que autorizara tales matrimonios, *en el estado actual de nuestra sociedad*, desconocería la mi-

sión de las leyes, que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres, y no enervarlas y corromperlas. Sería incitar á las personas católicas á desconocer los preceptos de su religión, sin resultado favorable á los pueblos y á las familias" (1). Bajo estas ideas el Código Civil prescribía para el matrimonio de católicos la celebración según los cánones y solemnidades prescriptas por la Iglesia Católica: el matrimonio entre católico y cristiano no católico, debía celebrarse como fuera de práctica en la iglesia del esposo no católico, y el de personas que no profesan el cristianismo, según las leyes y ritos de la iglesia á que los contrayentes pertenecieran (2). Pero el rápido desarrollo del país trajo á la sociedad argentina ideas y tendencias que influyeron poderosamente en el cambio de las costumbres. La Iglesia perdió gran parte de su influencia en la sociedad. Debía mirarse como liberal y recibirse con aplauso la ley que dijera: es derecho del Estado dar las reglas de organización de esta institución del matrimonio, que es la base fundamental de la organización social; es derecho del individuo ocurrir en seguida, ó cuando lo quiera, á pedir á la iglesia de su culto la bendición religiosa de su unión legítima.

La ley de matrimonio civil fué dictada en 12 de Noviembre de 1888. Ella se adapta á las actuales condiciones de la sociedad argentina. El clero ilustrado, ha acallado las protestas que oportunamente levantó y la ley se cumple sin más trastorno que algún desahogo de

(1) Nota del doctor Velez Sarsfield al artículo 167 del Código Civil.

(2) Artículos 167, 180 y 183.

clérigo de aldea que no alcanza à perturbar la pacífica tranquilidad de sus reducidos oyentes.

624. Dado este cambio de la legislación civil, la ley penal que protegía el matrimonio religioso cuando era el único legal ¿continuará prestando su sanción á los que se celebren bajo la ley actual? Aparte de lo expuesto en el número precedente, la pregunta se contesta casi por sí misma. El único matrimonio que engendra derechos y obligaciones es, hoy, el matrimonio civil. Donde no hay un derecho violado, donde no se ha faltado al cumplimiento de una obligación, la ley no interviene. En la bendición de un matrimonio por la Iglesia, sin previa celebración del matrimonio civil, hay violación de la ley civil: el artículo 118 de la ley de matrimonio impone las responsabilidades del artículo 147 del Código Penal, á los ministros, pastores ó sacerdotes de cualquiera religión, que proceden á la celebración de un matrimonio religioso sin tener á la vista el acta de la celebración del matrimonio civil. La transgresión de esta ley civil no podía ser amparada por la ley penal que tiene por objeto la celebración de aquélla.

625. Con respecto á los matrimonios celebrados con anterioridad á la ley, toda su legitimidad dependía precisamente de la observancia del rito religioso, y en consecuencia, subsisten en toda su integridad las sanciones penales.

626. En el título *Matrimonios ilegales*, el Código castiga al que contrae matrimonio, subsistente uno válido anterior ó con otro impedimento no dispensable; al que que simula matrimonio engañando á la persona con quien se une; al que contrae matrimonio mediando un

impedimento dirimente no dispensable; al que lo contrae ilegal pero válido, haciendo intervenir al párroco por sorpresa, engaño, violencia ó intimidación; el delito del eclesiástico que autoriza á sabiendas un matrimonio ilegal, y el matrimonio ilegal del menor.

627. El primero de los delitos enunciados se llama comunmente *bigamia*, y esta denominación puede aceptarse, refiriéndola al delito del artículo 143 del Código Penal, siempre que no se la tome en el sentido de los léxicos: “el *estado* del hombre casado con dos mujeres ó de la mujer casada con dos hombres”. La *bigamia* puede ser propiamente un estado; pero no es ese estado lo que constituye delito, según nuestra ley; y ésta procede, entónces, prudentemente al no usar en todo su texto la palabra *bigamia*: el delito no lo comete el que está casado dos veces, ó vive con dos esposas; lo comete “*el que contrae matrimonio estando casado válidamente*”. El matrimonio es un *estado*, pero *contraer matrimonio* es un *acto*: el delito de nuestro artículo 143 se comete en el *acto* y no en el *estado*. Los caracteres del delito que llamaré *bigamia*, en el sentido que dejo expuesto, son estos: 1º primer matrimonio válido; 2º subsistente éste, celebración de un nuevo matrimonio.

628. La circunstancia de considerar que el delito de bigamia se comete en un estado y no en un acto, tiene consecuencias importantísimas al tratarse de la prescripción de este delito.

En sentido contrario á lo que dejo expuesto en el número precedente, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha pronunciado un fallo que, así por el respeto que merece este Tribunal como por la

reputación del distinguido Juez que fundó el voto aceptado por *unanimidad*, requiere alguna detención.

Abordando la cuestión de prescripción, el señor Juez doctor Varela decía: "Para resolver este punto la Corte debe, ante todo, buscar en el artículo 268 del código penal (1), no sólo el significado intrínseco, gramatical de sus palabras, sino también, la relación de armonía que sus términos guardan con el espíritu, la tendencia y la filosofía que ha presidido la sanción de nuestras leyes penales. ¿Es la bigamia un delito continuo ó sucesivo?" El doctor Varela abandona el texto del artículo 268 del antiguo código, para detenerse, dice, en el artículo 178 del mismo, pero en realidad, para detenerse en la transcripción que el doctor Tejedor hacía por vía de anotación del artículo 178, de una de las notas históricas del código de Baviera, en que, como ejemplo de delito continuado, se cita la bigamia. Así, pues, un ejemplo en una cita transcripta como nota á un artículo distinto del que se trataba de aplicar, es lo que sirve de punto de partida á una exposición doctrinaria, brillante por cierto, por la cual se llega á una conclusión que prescinde totalmente del texto discutido y afirma lo que en él no se dice ni ha querido decirse. Creo que en esa interesante exposición que lleva el convencimiento al ánimo de los demás jueces del Tribunal, hay obra de orador elocuente y hábil abogado, pero no interpretación científica de la ley. Un ejemplo incidental en una cita sobre una cuestión extraña, no puede derogar un texto claro é in-

(1) Del que regía en la Provincia al cometerse el delito (Proyecto Tejedor), redactado en forma análoga al artículo 143 del Código actual.

dudable de la ley. Lo único que podría concluirse es que el ejemplo no convenía ó que la cita era impropia. Lo que obliga es el texto de la ley; el comentario ó la nota no es más que una opinión autorizada; pero una mera opinión, al fin. El autor del Código Civil tuvo cuidado de quitar aún á sus propias notas toda autoridad, declarando en un artículo del Código que lo que no estaba dicho explícita ni implícitamente en éste no tenía fuerza de ley.

629. El artículo 268 del antiguo código penal, lo mismo que el 143 nuestro, no castigaba el estado del *bigamo* en el título de la *bigamia*, tomada esta palabra en el sentido del diccionario de la lengua; castigaba el hecho de *contraer matrimonio estando casado válidamente*. ¿Pueden interpretarse estas palabras como expresión de un *estado permanente*?

El doctor Varela rechaza la jurisprudencia francesa como elemento de interpretación de nuestra ley, porque nuestro artículo está tomado del código español y nó del francés. El artículo en el código español, en el francés, en el belga, en el brasilero, en el austriaco, en el de Tejedor y en el actual Código Penal, si no es literalmente el mismo, contiene en todos la expresión de los mismos elementos constitutivos del delito: primer matrimonio válido y subsistente; celebración de segundo matrimonio doloso. No hay ningún código que defina la bigamia como un estado. Cuando una ley quiere resolver la cuestión de prescripción en el sentido del fallo que discute, la ley lo dice *expresamente*. La prescripción del procedimiento, dice el final del artículo 171 del código penal alemán, comienza á correrse desde el día en que

uno de los matrimonios se haya declarado *disuelto ó nulo*. La misma prescripción se ha consignado en el artículo 360 del código penal italiano.

630. El artículo 340 del código francés dice: “ el casado *que contrajere nuevo matrimonio* antes de haberse disuelto el anterior”; y el argentino “*el que contrajere matrimonio* estando casado válidamente”. No tuvo, pues, razón alguna el doctor Varela para decir que “ si nuestro código hubiese sido tomado del código penal francés habría razón fundada para invocar la jurisprudencia de éste como aplicable al nuestro”. ¿ Qué diferencia jurídicamente apreciable puede haber entre el texto francés y el texto argentino ? Absolutamente ninguna. Y, si bien, la jurisprudencia, que puede ser una buena razón para concluir un pleito, no sea en derecho sino un argumento de secundaria importancia, invoco toda la jurisprudencia francesa aún posterior á 1819, porque la hay, (1) y con ella á la casi totalidad de los escritores franceses y belgas para establecer que, dados los términos en que la ley reprime la bigamia no puede entenderse que éste sea un delito continuo ó sucesivo (2). Y esto tiene necesariamente que ser así, desde que se quicra aplicar la ley en *el significado intrínseco y gramatical*

(1) Sentencia de 13 de Mayo de 1851, en DALLOZ, *Recueil périodique*, 1852, 2ª parte, pág. 268.

(2) HAUS, *Principes du droit pénal belge*, ed. de 1885, núm. 365 y sig.; NYPELS, *Code pénal interprété*, tomo 2º, pág. 147 y 239; BERTAULD, *Cours de code pénal*, pág. 607; VILLEY, *Droit criminel*, pág. 131 y 133; GARRAUD, *Traité du droit pénal français*, tomo 1º, núm. 89; LE GRAVEREND, *Législation criminelle de France*, tomo 1º, pág. 81; LELIEVRE, en la *Législation criminelle de la Belgique*, de NYPELS, tomo 3º, pág. 30 y pág. 45, núm. 49, etc.

de sus palabras, que es lo que *expresa su verdadero entendimiento*.

631. Tampoco valen las reflexiones referentes al hecho de que por la prescripción quede impune el bigamo, que sigue, sin embargo, renovando su crimen á cada instante por un adulterio perpetuo. No hay nada de esto: el bigamo no está *contrayendo matrimonio á cada instante*; podría en cambio, según la ley que se aplicaba, renovar sucesivamente el adulterio; pero en este caso, cada acto de adulterio engendraba una nueva acción y empezaba á correr una nueva prescripción, sin repetirse por esto el *matrimonio ilegal*, que era el título propio del delito en cuestión.

632. La cuestión resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires lo fué también dos veces por la jurisprudencia italiana antes de la vigencia del código actual. Es notable una sentencia pronunciada por la Corte de Assises de Milan, el 27 de Diciembre de 1873, confirmada por la Corte Suprema de Turín. “Podría dudarse, dice en sus fundamentos, que para un delito del género de que se trata sea susceptible la prescripción de la acción penal, dado que el crimen de bigamia sea de tal naturaleza que mientras existan las dos mujeres que se unieron con el mismo hombre, el delito se mantenga vivo, y, por decirlo así, en continua flagrancia, de modo que mantenga en sí mismo los caracteres propios de un delito continuado, y es aún porque este carácter especial del delito, debiendo haber sido previsto por el autor del mismo cuando lo cometió, podría parecer ilógico que pueda admitírsele, que pueda invocar una excepción que repugna con el

fin que se propuso al cometer el delito, siendo notorio que la prescripción, equivaliendo al olvido del delito, este olvido se hace imposible donde el delito en lugar de olvidársele, renace todos los días. Pero si se considera que el capítulo que trata de la prescripción penal no contiene ningún artículo que *cree una excepción respecto del delito de bigamia*: si se repara en que el crimen se perfecciona según los términos de la ley con el simple *hecho de la celebración* del segundo matrimonio; que una vez contraída esta segunda unión conyugal, no estaría ya en poder del culpable hacer que el delito dejara de subsistir; que la ley no ofrece ningún término útil para hacer cesar el hecho perturbador del orden social; que á diferencia de otras legislaciones según las cuales la prescripción no podía aprovechar á los que retuvieran aún algún provecho del delito, ó no hubieran prestado el resarcimiento posible ó hubieran fugado, nuestro código no requiere para aquella *sino el mero transcurso del tiempo*; que no se vería una razón plausible por la cual no tuviera que aplicarse la prescripción de la acción penal para el delito de bigamia, sólo porque por su índole este crimen ofrece el espectáculo de una diaria violación del orden social, mientras si bien se reflexiona la continua manifestación del pacto criminoso no debiera confundirse con una verdadera y propia repetición del delito, el que habiendo sido al mismo tiempo originado y consumado por el hecho del segundo matrimonio subsistente el primero, fué y continuará siendo un hecho único, pero debe en cambio referirse únicamente á los consiguientes efectos perjudiciales y á las responsabilidades civiles; que, en cambio, no quedaría inmune de

peligro el privilegio odioso de la imprescriptibilidad de la acción penal, que podría ser motivo para más funestos propósitos en el criminal;—cuando se piensa en todo esto, fácilmente se concluye que se iría *contra la letra y el espíritu de la ley*, si se negara al acusado la prescripción ". En sentencia de 28 de Marzo de 1889 la misma Corte de Assises de Milan ha repetido en otro caso esta doctrina (1).

633. De los términos del artículo 143 surge otra importante cuestión muy debatida por los expositores del derecho penal. Para la existencia del delito de bigamia se requiere la celebración de un matrimonio, subsistente otro precedente y *válido*. Puede oponerse, por vía de excepción, la nulidad del segundo matrimonio por un vicio distinto de la subsistencia del matrimonio anterior, pues faltando las formalidades de la celebración no estaría consumado el delito: y puede también oponerse la excepción de nulidad del primer matrimonio. ¿Qué jurisdicción sería competente para pronunciarse sobre estas excepciones? Es sobre este punto que se divide la opinión de los jurisconsultos, sosteniendo tres sistemas distintos: 1º el que reconoce la competencia de la jurisdicción criminal; 2º el que reconoce la de la jurisdicción civil para estatuir sobre la validez del primer matrimonio, y la criminal sobre la del segundo; y 3º el que reconoce para todos los casos la jurisdicción civil. La exposición de los fundamentos de estos sistemas es ajena al plan de este libro, porque se trata de una cuestión esencialmente de

(1) *Revista penale*, de LUCCHINI, volumen XXX, pág. 238.

forma, de aplicación de un código, como lo reconocen la generalidad de los escritores. Sin embargo, consiguándose en la ley de matrimonio la disposición que declara corresponder á la jurisdicción *civil* el conocimiento sobre las causas de nulidad del matrimonio celebrado antes ó después de la vigencia de la ley (1) parecería con este artículo resolverse la cuestión; pero no bastaría esto para resolverla si se recuerda que el término jurisdicción civil está usado en oposición á la eclesiástica, que antes era competente. El artículo 1104 del código civil es el que se pronuncia concluyentemente sobre la materia, declarando que son cuestiones prejudiciales las que versan sobre nulidad ó validez de los matrimonios. Pero debe observarse bien que, con el texto de este artículo, se resuelve que la cuestión de la validez ó nulidad del matrimonio es prejudicial á la *decisión*, pues que obsta á la *condenación*, y no al ejercicio de la acción.

634. La segunda parte del artículo 143 castiga con la misma pena que la bigamia (tres á seis años de penitenciaría) el matrimonio que se contrae sabiendo que existe *otro impedimento dirimente no dispensable*. Estas distinciones canónicas de los impedimentos han desaparecido por completo de la ley civil. El artículo 9 de esta ley enumera como impedimentos para el matrimonio: 1º la consanguinidad entre ascendientes y descendientes, sin limitación, sean legítimos ó ilegítimos; 2º la consanguinidad entre hermanos ó medios hermanos legítimos ó ilegítimos; 3º la afinidad en línea recta en todos los gra-

(1) Artículo 108.

dos; 4º no tener la mujer doce años cumplidos y el hombre catorce; 5º el matrimonio anterior mientras subsista; 6º haber sido autor voluntario ó cómplice de homicidio de uno de los cónyuges; 7º la locura.

El artículo 143 al hablar de impedimentos dirimentes no dispensables, no podía referirse sino á los impedimentos no dispensables por la Iglesia, única autoridad que podía pronunciarse al respecto, según las leyes civiles vigentes al sancionarse el Código Penal.

Dada la actual disidencia entre la ley penal y la ley civil ¿deberá reputarse delito el matrimonio contraído con impedimento dirimente no dispensable por la Iglesia, ó el matrimonio contraído con impedimento del artículo 9 de la ley de matrimonio civil?

El impedimento dirimente es para la Iglesia el que “estorba que se contraiga matrimonio entre ciertas personas y *lo anula si se contrae*”. Pero la nulidad, puede ser cubierta en algunos casos, ó, en otros términos, puede ser dispensado el impedimento. El artículo no castigaba los casos en que el impedimento podía ser dispensado, ó sea en que la nulidad no era absoluta.

Si se considera que la ley penal es, en definitiva, una sanción de las leyes civiles y de derechos naturales; que, en consecuencia, la ley penal no puede declarar *ilegitimo* lo que es *legitimo* en el orden civil, será necesario convenir en que no será el delito de que habla el artículo 143, sino el matrimonio *absolutamente nulo*, con arreglo al artículo 84 de la ley de matrimonio civil, esto es, el celebrado con alguno de los impedimentos indicados en los números 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del citado artículo 9; pero á condición de que á la vez los mismos

fueran impedimentos dirimentes no dispensables por la Iglesia, que de otra manera se tendría un caso no previsto en la ley penal.

En consecuencia, los matrimonios que antes podían dar lugar á la aplicación del artículo 143, como el del ordenado *in sacris* ó ligado con voto solemne de castidad, siendo perfectamente válidos con arreglo á la ley civil, no darán lugar á acción alguna. El matrimonio del clérigo ó monja es un acto *legítimo*.

De todas maneras este artículo, como la mayor parte de los de este título, necesitan ser reformados para restablecer su indispensable concordancia con la ley civil. El título dado de “matrimonios *ilegales*”, indica que es condición substancial de este género de delitos la violación de las leyes civiles que rigen el matrimonio.

635. El artículo 144 establece que incurrirá en las mismas penas el que engañando á una persona simulare matrimonio con ella.

Este artículo, que no tiene correlativo en el proyecto Tejedor ni en los códigos españoles de 1850 y 1870, ha sido tomado del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.

Su aplicación práctica puede reservarse al caso de dolo que menciona el artículo 16 de la ley de matrimonio civil; y si esto se admite, la acción criminal no podrá durar mayor término que el que señala el artículo 85, inciso 3º, de la misma ley.

636. El artículo 145 castiga al que contrae matrimonio sabiendo que existe un *impedimento dirimente dispensable*, imponiéndole la pena de uno á tres meses si revalidase el matrimonio, dispensado el impedimento; y la

pena de prisión de uno á tres años si no quisiere revalidar el matrimonio, quedando relevado de la pena cuando quiera que se revalide.

Este artículo es análogo al correlativo del código del doctor Tejedor, tomado del español de 1850 y conservado en el de 1870.

Por la ley civil actual, ha desaparecido, según queda dicho en este capítulo, toda relación entre la ley canónica y la civil; en consecuencia, toda relación entre la ley canónica y la penal, entre las cuales era intermediaria la civil. Parecería, pues, que el artículo ha perdido toda importancia; pero podrá aplicarse una regla análoga á la que he adoptado para la aplicación del artículo 143: ver si una causa de anulación de la ley civil es á la vez un impedimento de los que la Iglesia dispensaba, caso que podría quizás presentarse en la aplicación de alguno de los incisos del artículo 85 de la ley de matrimonio.

637. El artículo 146 dispone que el que en un matrimonio *ilegal*, pero *válido*, hiciese intervenir al *párroco* por sorpresa ó engaño, sufrirá arresto de uno á seis meses, y si mediase violencia ó intimidación la pena será de uno á dos años de prisión.

Este artículo, tomado del 398 del código español de 1850, ha sido suprimido en España por la reforma de 1870. La intervención del párroco ha dejado en nuestra ley de ser requisito legal para la validez de un matrimonio. No puede, en consecuencia, ser castigado por este artículo un hecho que no afecta al matrimonio. La violencia ó intimidación que se ejerciera en el párroco será castigada, sí, pero bajo el título de amenazas y coaccio-

nes, no por las disposiciones del título de matrimonios ilegales.

638. El artículo 147 del Código Penal conserva toda su importancia práctica en presencia de las nuevas disposiciones civiles.

El artículo 110 de la ley de matrimonio impone todas las responsabilidades que él establece á los ministros, pastores y sacerdotes de cualquiera religión ó secta que procedieran á la celebración de un matrimonio religioso sin tener á la vista el acta de la celebración civil.

El artículo 147 prevé el caso de que el eclesiástico autorice *á sabiendas* un matrimonio ilegal, y le impone la pena de arresto de tres meses á un año, y el caso en que autorizare un matrimonio ilegal *sin saberlo, cuando su ignorancia provenga de no haber exigido los comprobantes de que los contrayentes están habilitados para el acto*, en cuyo caso la pena será de arresto hasta tres meses.

Hoy que está ordenado expresamente por la ley civil que se tenga á la vista en la celebración religiosa el acta de la civil, no parece que fuera susceptible de atenuación la ignorancia proveniente de haber desobedecido la ley; pero, puesto que en este caso no se ha hecho salvedad alguna, habrá que estar á las disposiciones del artículo 147 del Código Penal.

639. La primera parte del artículo 148 castiga con la pena de arresto de uno á tres meses, el matrimonio *ilegal, pero válido* contraído por un menor.

Hubiera sido mucho mejor adoptar la fórmula del código español: *el menor que contrajere matrimonio sin el consentimiento de sus padres ó de las personas que para el efecto hagan sus veces*, etc.

En el mismo código se dispone que el culpable sea indultado desde que los padres ó personas á quienes se refiere el párrafo anterior aprobaren el matrimonio contraído (1), disposición que podría adoptarse.

640. El artículo 149 establece, como el 139, la indemnización civil que se deberá á la mujer engañada. El código Tejedor establecía á favor de ésta una *multa* de trescientos á tres mil pesos fuertes. El texto actual dice que el contrayente doloso le pagará una *multa* que estimará el juez según los casos. Esto ya no es propiamente *multa*, ni la llama así el artículo 404 del código español de 1850, fuente de este artículo (2).

641. Con excepción de la segunda parte del artículo 148, que establece que sólo podrá imponerse pena al menor que contrae matrimonio *ilegal*, pero *válido*, á instancia de la persona que debía prestar el consentimiento, no hay en este artículo otra disposición relativa al ejercicio de las acciones en los casos de matrimonios ilegales.

Sin embargo, no en todos los casos podrá procederse por acción pública. Cuando se trata de matrimonios simplemente anulables, la acción civil puede ser ó no iniciada: no siéndolo, es porque no hay daño apreciable, no hay delito. La acción estaría sometida al ejercicio de la civil.

No sucederá lo mismo en los matrimonios absolutamente nulos. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación.

(1) Código español de 1870, art. 489.

(2) Véase también el artículo 109 de la ley de matrimonio civil.

642. Los artículos 107 y 108 de la ley de matrimonio civil contienen otras sanciones á la legalidad del matrimonio.

Se impone *prisión de uno á tres meses* y pérdida de oficio al oficial público que case á un menor sin el consentimiento de sus padres, tutores ó curadores, ó del judicial en su defecto; *prisión de uno á dos años* al que celebre un matrimonio, sabiendo que existe un impedimento que puede ser causa de nulidad del acto; cien á quinientos pesos al oficial del Registro Civil que contravenga cualquiera de las otras disposiciones de la ley de matrimonio.

CAPÍTULO XII

DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS

(Artículos 150 á 154)

643. Cuáles son los delitos contra el estado civil. — 644. Crítica del título. — 645. Qué debe entenderse por *estado civil*. — 646. Necesidad de distinguir sobre el móvil de estos delitos. — 647. Ficción de preñez ó parto. — 648. Calidad de los derechos que deben atribuirse al supuesto hijo. — 649. Crítica de la jurisprudencia española sobre este punto. — 650. Consideraciones sobre el móvil en la suposición de parto. — 651. Cooperación de médico ó partera en la ficción de preñez ó parto. — 652. En la ficción de parto es indispensable que se haya presentado un supuesto hijo. — 653. Exposición ú ocultación de niño en su perjuicio. — 654. Causa de excusa que la ley debiera admitir. — 655. Pena que correspondería si la filiación supuesta tuviera por móvil una defraudación. — 656. Crítica al artículo 153. — 657. Pena accesoria cuando el delito se comete por un pariente.

643. Los casos legislados en el título *Delitos contra el estado civil de las personas* son los siguientes:

1° El de la mujer que finge preñez ó parto para dar á su supuesto hijo derechos que no le correspondan, y del del médico ó partera que cooperen á la ejecución del delito; 2° el del que exponga ú oculte un niño ó le suponga filiación para hacerle perder su estado de familia; 3° el del que suponga filiación en favor de una persona para defraudar los derechos que correspondan á otra; 4° el de la falsa filiación que tenga por objeto favorecer á una persona, pero sin suplantarla en lugar de otra; 5° todos los demás casos, que no sean de los especificados en los números anteriores, en que se usurpe el estado civil de otro.

La pena impuesta es la misma en todos los casos, ó sea la de uno á tres años de prisión.

644. A mi juicio, no se han dado los legisladores cuenta exacta de la materia que trataron en este título. Desde luego, y sin entrar aún al examen doctrinario, sorprende que haya especificado cuatro casos de delitos sobre el estado civil de las personas, y adoptado en seguida una regla general que los comprendiera á todos, fijándoles un mismo grado de penalidad, sin observar que si se creía en todos los casos procedente la misma calificación, en el mismo grado de gravedad, debió consignarse en la ley únicamente los elementos esenciales del delito y la pena correspondiente, sin las inútiles distinciones que consigna.

El proyecto del doctor Tejedor traía también las distinciones, pero haciéndolas á la vez sobre la calificación y la gravedad de la infracción. Si nuestro Código no veía motivo de distinción de gravedad y de calificación, debió adoptarse una fórmula única; por ejemplo, la de

artículo 345 del código francés: “los reos de sustracción, ocultación ó supresión de un niño, de sustitución de un niño por otro, ó de suposición de parto, serán castigados con la pena de reclusión”.

Sin embargo, antes merece crítica la ley por haber mirado en los diversos casos de delitos contra el estado civil un mismo grado de infracción, que requería una sola penalidad, que por haber consignado distinciones que pueden ser bajo cierto aspecto muy fundadas.

Conviene, pues, estudiar el objeto general de las disposiciones de este título y el alcance de sus detalles, para formar más acertado juicio.

645. En la introducción al comentario del título respectivo del código español de 1850, Pacheco se expresa en estos términos: “*El estado civil*, frase extranjera pero sencilla, expresiva, de buen origen, y por consiguiente, bien aceptada por nuestro código, comprende *todo lo que respecta á la condición social* de las personas. El nombre del individuo, sus derechos y obligaciones de familia, su posición en el estado y en la sociedad, hé aquí lo que abarca verdaderamente la materia á que se contrae este título” (1).

No estan extensa la órbita de los derechos que el título se propone resguardar. El *estado civil* de una persona es su situación jurídica en las relaciones de familia. La calidad de hijo, de padre, de *esposo*, no pueden ser simuladas, suprimidas ó usurpadas, sin grave alteración de aquellas relaciones que la ley tiene interés en preservar del fraude. Por eso el título precedente de los

(1) PACHECO, *El código penal, etc*, tomo tercero, página 209.

matrimonios ilegales, tiene de común con éste que trata también un delito contra el estado civil, y como tal lo han considerado los códigos españoles de 1850 y 1870. Aquellas calidades de hijo, de padre, de esposo, engendran derechos y obligaciones en las relaciones de familia, que requieren la protección indispensable de la ley penal. A la de esposo atiende suficientemente el título de los matrimonios ilegales. Las de padre é hijo, dependen del vínculo de sangre que une á estas personas. Trátándose de un hecho tan indestructible y de un vínculo tan indisoluble como el de la filiación, no es la calidad de padre ó hijo la que puede cesar ó desaparecer por obra del delito; pero ocurre que asumiendo falsamente esa calidad una persona que no la tiene, se perjudica el derecho del verdadero dueño del estado civil, asumiendo otro su posesión. Esto es lo que la ley procura castigar.

646. Sin embargo, los móviles que pueden impulsar á hechos de esta naturaleza asumen caracteres tan diversos que es absolutamente imposible que las leyes continúen prescindiendo por más tiempo de distinciones que se imponen al sentimiento de justicia. La falsa filiación puede, en muchos casos, ser atribuida por inspiración de entimientos nobilísimos, en lo que sería inicuo no solo imponer la pena, sino aún pensar en la iniciación de un proceso. En una comedia de Alejandro Dumas, *Mr. Alphonse*, un marido descubre que su esposa, víctima de una seducción infame, tuvo antes del matrimonio una hija, cuya existencia consiguió ocultarle en varios años de vida digna. Conoce por otra parte el afecto que ligala madre á la hija, que ha sido traída á su casa simulando

otra calidad por el propio padre; y tras una lucha interna, opta por salvar la honra de su esposa declarándose padre de la niña, y obligando al verdadero padre á suscribir como testigo el acta de reconocimiento.

¿Cómo colocar un hecho inspirado por una extraordinaria generosidad al lado del que se inspirara en los bajos impulsos de la codicia? En vano se buscaría en la ley cómo juzgar de diversa manera el acto odioso que el que se admira por su bondad.

647. El primer caso de este delito que aparece reprimido en nuestra ley es el de la mujer que finja preñez ó parto para dar á su supuesto hijo derechos que no le correspondan y el del médico ó partera que coope- ren á la ejecución del delito.

Esta disposición es la misma del artículo 152, que prevé la falsa filiación que tenga por objeto favorecer á una persona, pero sin suplantar otra en su lugar. En los dos casos se trata de filiación supuesta, en que la preñez ó el parto, mencionado en la primera disposición no es más que un medio de engaño.

Dar á una persona derechos que no le correspondan ó favorecerla en una supuesta filiación es la misma cosa. Comprendería la distinción si la ley hubiera dicho en el primer caso “ para dar á su supuesto hijo derechos que correspondan á otra persona ”; pero entonces sería despótico que la ley declarara delito la falsa filiación que se diera sin perjuicio de nadie; por ejemplo, la que dan con frecuencia los cónyuges estériles y sin herederos forzosos, á niños expósitos á quienes favorecen con la posesión de estado de hijos legítimos, en este país en que no está autorizada la adopción. Y sin em-

bargo, por el texto del artículo 152 esto sería delito!

648. Los derechos que se dé al supuesto hijo, para que proceda la aplicación del artículo 150, deben ser derechos inherentes á un *estado civil* que se le cree ó suponga. En tanto que la suposición de preñez ó parto no tenga por objeto un interés de aquella naturaleza no habrá lugar á la aplicación del artículo.

649. La jurisprudencia española no distingue el objeto que se haya tenido en mira al castigar la suposición de preñez ó parto. Una sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 5 de Mayo de 1887 declaró que había cometido delito de suposición de parto una mujer que supuso haber dado á luz una niña, hija de una concubina suya, con el objeto de hacerlo creer así á un sujeto con quien había tenido relaciones amorosas y *volver á reanudarlas* (1). En verdad que no podía verse perjudicado con esto el estado civil de nadie. Supuesto el parto, se simuló exposición de la niña, devolviéndola en realidad á la propia madre. Ni se atentó al derecho de la niña perjudicando su condición de hija de la madre á quien pertenecía; ni se perjudicó el estado civil del amante engañado, pues simulando exposición de la niña, quedó cortada toda obligación con ésta. No veo el fundamento de la solución dada por el Tribunal Supremo, sino en que el texto del artículo 483 del código español castiga la *suposición de parto*, sin expresar el objeto que ésta debe tener, como lo hace nuestro Código, distinción muy importante que deberá hacerse cuando se tome ejemplo de la jurisprudencia española.

(1) VIADA, *Suplemento 3º al Código Penal*, pág. 349.

Pero es mi humilde opinión que aún con aquel texto, el Tribunal Supremo debió distinguir, por estar colocado el capítulo de *suposición de partos* bajo el título de *Delitos contra el estado civil de las personas*, de modo que la imputabilidad de una suposición de parto depende de que con ella se afecte el estado civil de alguien.

650. Es en este delito de *suposición* de parto ó de filiación que tienen lugar plenamente las observaciones hechas hace un momento á la estrechez con que los códigos legislan la materia. “El reo de *supresión* de estado, dice Carrara, no puede obrar sino con un fin malo, y necesariamente causa un daño á la víctima. La *suposición*, al contrario, puede tener un fin remoto bueno en sí mismo como lo tiene la adopción: con ésta, se entiende ciertamente mejorar la condición del niño. Aún cuando sea hecha ignorándolo los padres, puede proceder del deseo de beneficiar á la criatura, ahorrando al mismo tiempo un grave dolor á los padres, cuyo hijo hubiera muerto en poder de la nodriza. Y aún cuando se hiciera con el fin de quitar á los extraños la esperanza de una sucesión, cuando ésta no se fundara en un derecho adquirido, no habría propiamente un daño de grande importancia, ni perversidad de acción”. Más adelante agrega: “Uno es el delito de dos cónyuges infecundos que queriendo hacer creer al mundo que han tenido un hijo se lo procuran de una campesina y lo hacen heredero de su nombre y de su fortuna, sin daño de nadie; otro es el delito de una mujer que para satisfacer el deseo de prole que tiene el marido, y ganarse mejor su afecto, aprovecha de su ausencia para presentarle como suya una criatura que le hayan dado, etc. Encuentro

tanta disparidad entre un caso y otro que me repugna verlos unificados en un artículo y en una pena". (1)

651. Por la segunda parte del artículo 150, se declara que incurre en la misma pena que la mujer que finja preñez ó parto, el médico ó partera que coopere á la ejecución del delito.

El auxilio ó cooperación de la partera podría ser de tal importancia que sin él la consumación del delito no hubiera podido tener lugar, y entonces correspondería siempre la misma pena por considerársele autor principal, conforme al artículo 21, inciso 2º, ó podría considerársele como una mera ayuda para la consumación, y no proceder, entonces, sino la calificación de complicidad del artículo 33, inciso 3º. Pero debiendo ser mayor la responsabilidad, cuanto más grande sea el deber violado, y no pudiendo mover al médico ó partera los mismos estímulos que á los autores directos del hecho, se explica que la ley erija en delito perfecto toda complicidad.

652. Una última cuestión que puede suscitar la aplicación del artículo 150 es la de saber si hablando la ley de los derechos que se le atribuyen á un *supuesto hijo*, será necesario que efectivamente se presente una criatura con calidad de tal, ó si procederá la calificación también cuando en vez de exhibirse el hijo se produjeran falsas pruebas de que existió, por ejemplo, por falsa inscripción de nacimiento.

En la jurisprudencia francesa se ha resuelto la afirmativa en el último punto, y Chauveau y Hélie, la sostienen, dando razones omitidas por la Corte de Casa-

(1) *Programma* 1964.

ción: “la producción del niño, dicen, no es más que una prueba ó un medio; el crimen está en la suposición misma del estado. Si, pues, ha sido hecha alegando la existencia de un ser que nunca ha vivido, no por eso deja de existir el crimen, y en uno y otro caso, en efecto, sus resultados son los mismos, el perjuicio y el disturbio de la familia son idénticos” (1).

Pero á esto contesta Nypels con exactitud: “¿Acaso es lo mismo atentar á los *derechos pecuniarios* de la familia, que á su constitución misma, introduciendo en ella á un hijo extraño? El artículo del código está escrito para reprimir los *atentados al estado civil de los niños*, éste es su único fin, y el legislador no ha tenido en vista sino esto cuando lo ha inscripto en los códigos . . . En la especie juzgada no había atentado de estado civil de las personas, no había sino delito de falsedad bien caracterizado, que caía bajo los términos del artículo 147 del código francés” (2).

653. Constituye la segunda forma del delito de este título la exposición ú ocultación de un niño ó suposición de filiación para hacerle perder el estado de familia, ó los derechos que por ese estado le corresponden, y la sustitución de filiación, es decir, el cambio de la verdadera por la falsa con el mismo objeto.

La enunciación del *fin* á que deben tender aquellos medios para juzgárselos como el delito á que se refiere esta disposición, es útil para evitar que los tribunales lleguen á soluciones como la que he mencionado, de la

(1) *Théorie du code pénal*, número 1715.

(2) *Code pénal belge interprété*, tomo tercero, página 127.

jurisprudencia española, sobre suposición de parto. El mismo artículo 483 del código español, al referirse en su segunda parte á la ocultación ó exposición de hijo legítimo, tiene cuidado de agregar: con *ánimo de hacerle perder su estado civil*.

Incurriría manifiestamente en este delito el padre legítimo que llevara su hijo á la casa de expósitos. Ninguna consideración bastaría para disculpar un crimen contra la naturaleza.

654. Pero aún es posible que en el mismo delito de suposición haya poderosos motivos de excusa que establezcan una profunda diferencia con el caso que acabo de suponer. Me figuro el caso del marido que supiera que no es suyo el fruto de que está embarazada su mujer, y que perdonando el adulterio, opte por la suposición del niño, salvándose ambos de la deshonra con la ocultación del nacimiento del concebido durante la separación de los cónyuges. La ley no admite al marido á desconocer al hijo, dando por causa el adulterio de la mujer, sino cuando haya habido ocultación de parto. Pero no puede pedirse al sentimiento humano más de lo que puede dar, y sería cruel exigir del marido ofendido, que criara como hijo suyo la prueba de la ofensa.

655. Si la filiación supuesta se verifica por sustitución á una verdadera y tiene por objeto una defraudación, el verdadero y más importante delito podía ser la defraudación misma. La filiación supuesta no sería más que un medio para consumir una defraudación ó estafa. Más que un delito contra el estado civil, aparecería un delito contra la propiedad.

Pues bien, ajustándose la medida de gravedad de los

delitos contra la propiedad, á la importancia del daño pecuniario que se tuvo en mira, correspondería que la falsa filiación para defraudar derechos de otra persona se castigase por la ley con una pena mayor que la que señala.

656. En el artículo 153, penándose la usurpación del estado civil de otro en los casos no enunciados en los artículos anteriores, con la misma pena de uno á tres años de prisión, se ha tenido en cuenta la importancia de la defraudación, como debiera haberse tenido en cuenta en los casos anteriores.

La forma en que la ley lo ha hecho es, sin embargo, censurable. Por el artículo se impone la pena de uno á tres años por el delito de usurpación de estado civil de otro, *sin perjuicio* de la pena que corresponde cuando se defraude sus bienes ó derechos. Podría entenderse que si ha habido usurpación de estado, como delito *medio de ejecución*, y defraudación como delito *fin*, debiera imponerse las dos penas, con violación de los principios admitidos sobre conexidad de delitos. No es esto, quizás, lo que se ha querido decir, sino que *en cambio* de la pena de usurpación de estado se impondrá la de defraudación. Hubiera sido más acertado limitarse á fijar una pena mayor, como lo hace el artículo 485 del código español.

657. Por último, se dispone que el que, siendo miembro de la familia, cometa el delito de exposición ú ocultación de un niño, ó suposición de otra filiación, quedará privado de las ventajas legales del parentesco, respecto de los que hayan sido víctimas del fraude.

Causa de agravación es ésta que el proyecto Tejedor tomó del código de Baviera, y cuya justicia se percibe fácilmente.

CAPÍTULO XIII

DETENCIÓN PRIVADA

(Artículos 155 á 157)

658. Delitos contra las garantías individuales. — 659. Observaciones sobre el método. — 660. Elemento material del delito de detención privada. — 661. Explicación de ese elemento. — 662. Elemento moral del delito. — 663. Detención de la mujer por el marido. — 664. Penalidad de la detención privada. — 665. Circunstancias calificativas del delito. — 666. No se tendrán en cuenta como agravantes generales. — 667. Detención con amenazas de muerte. — 668. Qué pena le corresponde. — 669. No hay disposición que prevea el delito de reducción á esclavitud.

658. El título sexto del Código, *Delitos contra las garantías individuales*, comprende los capítulos *Detención privada, sustracción de menores, abandono de niños, violación de domicilio, amenazas y coacciones, descubrimiento y revelación de secretos*, materias de que trataré en este capítulo y los cinco subsiguientes.

Aunque la inclusión de aquellas materias en el título de las *garantías individuales* no es de todo punto justifi-

cada, se comprende que la ley ha querido proteger con sus disposiciones la libertad individual, la inviolabilidad del domicilio, la tranquilidad y seguridad personal, y la inviolabilidad del secreto industrial y epistolar.

659. Pero, obedeciendo á la distribución sistemática de las materias, que el legislador se ha impuesto, y por corresponder á la segunda sección de la parte especial los delitos peculiares á empleados públicos, ha tenido que tratar del mismo delito en dos secciones distintas, según que el autor haya sido un particular ó un empleado público en ejercicio de sus funciones. El derecho ofendido es uno solo, el delito debiera ser uno también. Pero la ley se ha preocupado de la calidad del agente, y en vez de mirar en ésta una simple circunstancia de agravación ó de atenuación, según conviniera, ha dividido una materia que aparece en sí misma indivisible.

En esto se ha seguido el sistema que el código Tejedor tomó de algunos códigos extranjeros, entre ellos el código español.

He recordado ya que en el nuevo código italiano, bajo el título de *Delitos contra la libertad*, se prevé los casos de violación de la libertad política, de la libertad individual, de la libertad de cultos y de la inviolabilidad del domicilio, teniendo en cuenta la calidad de funcionario ó empleado que tuviera el agente como una mera circunstancia que modifica la medida de la pena.

660. Limitándome por el momento á la exposición y examen del capítulo de la *Detención privada*, analizaré los elementos constitutivos de este delito.

Comete el delito de detención privada el particular que priva á otro de su libertad, encerrándolo ó *deteniéndolo*

contra su voluntad. Basta, pues, à la existencia de este delito en su elemento material, que se haya detenido á una persona, impidiéndosele, aunque sea momentáneamente, alejarse de un punto determinado. El tiempo que haya durado el hecho subministrará un criterio de gravedad, pero importa poco á la esencia de su consumación material. En general, dicen Chauveau y Hélie, basta que una persona no haya podido retirarse libremente para que pueda ser considerada como arrestada ó detenida. Los antiguos autores, agregan, pensaban aún que el delito podía resultar del solo hecho de haber retenido á un individuo en la calle, *de modo que no hubiera tenido libertad de alejarse: Carcer privatus committitur qui retinetur in via taliter quod recedere non possit* (1). Estos autores no se pronuncian sobre si fué ó no acertada la opinión de los antiguos; pero de los términos en que éstos planteaban la cuestión, parece indudable que le dan una solución afirmativa.

661. Nuestra ley usa indistintamente los términos *encierro*, *detención*, *secuestación*, y autoriza á pensarlo así el hecho de que usa en el encabezamiento del artículo 155 las palabras *encerrándolo* ó *deteniéndolo*, que aunque pueden ser dos acciones en sí mismas distintas, tienen la misma gravedad en el delito; y luego, en el inciso 4º, refiriéndose al encierro ó detención dice “si la secuestación”, empleando la palabra *secuestación* en los artículos 156 y 157. En el código español solo se usan las frases *encerrar* ó *detener*, pero la palabra *secuestación* refiriéndose directamente á aquéllas se emplea también

(1) *Théorie du code pénal*, 1690.

en el proyecto Tejedor. El empleo de dicha palabra contribuye á fijar la noción legal de este delito: puede tenerse certidumbre de que no es voluntad de la ley reputar delito el hecho de impedir á otro el ir en una dirección determinada, sino la privación de alejarse de donde no quiere estar.

662. En cuanto al elemento moral del delito, no consiste solamente en la voluntad de detener, sino en la intención *criminal* con que se haya detenido. En ciertos casos la detención puede ser legalmente autorizada. En el caso de flagrante delito la garantía individual cesa; desapareciendo el derecho protegido, desaparece la calificación de delito creada para su protección. Debe tratarse, pues, de una detención ilegal, como la llama el código español.

663. La más grave dificultad que sobre este punto puede aparecer, es la del caso de detención de la mujer, ejecutada por el marido.

Este caso, discutido por la doctrina, se presentó á la solución de los tribunales españoles. Un marido tuvo á su mujer encerrada en un cuarto durante dos ó tres años con el objeto de impedir que se suicidara como lo había intentado ya en diferentes ocasiones. Consta del proceso que aquélla se había arrojado desde una ventana de su casa á la calle, en Marzo de 1877, y habiendo obtenido la curación de las lesiones que recibió en la caída, volvió á tirarse á la calle por la misma ventana á los ocho ó nueve meses, á consecuencia de lo cual su marido, después de mandar poner una reja en la expresada ventana, tuvo encerrada á su mujer en una pieza cómoda é higiénica, y asistida por una hermana y una sobrina,

habiéndola visitado sus parientes y sacádola á pasear al jardin, etc. El hecho fué calificado de detención ilegal y condenado el marido á catorce años, ocho meses y un día de reclusión; pero contra esta sentencia se pronunció la casación por el Tribunal Supremo, considerando que el marido es el gefe de la familia y tiene, por tanto, cierta potestad sobre su mujer y la obligación de protegerla é impedir los actos que puedan perjudicarla; que á fin de esta clase se debía, en el caso, la reclusión que se había llevado á cabo sin amenazas, malos tratamientos de ninguna especie ni otro propósito que el de evitar la realización de un mal, y que, aun cuando en rigor pudiera tacharse aquella precaución de excesiva, ya por el vínculo que unía al agente con la ofendida, ya por el motivo que determinó su encierro en una de las habitaciones de la casa y por la forma en que se realizó en todo el tiempo de su duración, no podía calificarse el hecho de detención ilegal (1).

En este caso el motivo de la absolución del marido parece fundarse antes en la falta de intención criminal que en el uso de su propio derecho. Sobre este mismo punto piensan Chauveau y Hélie, que la secuestación á que el marido sometiera á la mujer puede ser objeto de una persecución penal, pero que es necesario advertir sin embargo que los caracteres del crimen son en este caso más difíciles de constatar, que no bastaría que el marido hubiera empleado su autoridad para confinar á la mujer en el hogar doméstico y prohibirle toda comunicación exterior; que sería necesario que la inten-

(1) VIADA, *Código penal reformado de 1870*, Suplemento 3º, pág. 338.

ción criminal, que los elementos de la secuestación punible se encontraran en su acción, y que sería difícil ver en ellos este carácter, á menos que se hubiera empleado violencia, *modo viru inferat*.

664. Para la determinación de la pena que corresponde imponer á este delito y medir su gravedad en los distintos casos, el Código tiene en cuenta diversas circunstancias relativas al modo de ejecución, á la consideración debida á la persona que se ofende y á la duración de la secuestación, combinándose esta última en cierto modo con las anteriores.

Corresponde la pena de prisión de uno á tres años si el hecho se hubiera ejecutado simulando autoridad pública ú orden de autoridad pública ó con amenazas de muerte, ó si se hubiera inferido una lesión á que la ley señale pena menor, ó se cometiere en la persona de los padres, hermanos ó en otros individuos á quienes se debe respeto particular, siempre que la detención hubiera durado más de tres días.

Si en los mismos casos enunciados en el párrafo anterior, la detención hubiera durado menos de tres días la pena correspondiente sería la de arresto de tres á seis meses.

Cuando no concurre ninguna de aquellas agravaciones especialmente consignadas en los tres primeros incisos del artículo 155, el criterio de la gravedad deriva del tiempo que haya durado la detención. Así, si fué menor de tres días, corresponderá la pena de arresto por uno á tres meses; si fué mayor de tres días y menor de treinta, la pena será de arresto que podrá llegar á su máximo; y por último, si la secuestación durara más de

un mes, la pena sería la de uno á tres años de prisión.

665. Las circunstancias que se especializan en los tres primeros incisos del artículo 155, son á la vez causas de agravación ya enunciadas en el título respectivo de la Parte general.

La simulación de autoridad pública ú orden de autoridad pública, importa el empleo de astucia, fraude ó disfraz, ya previsto por el artículo 84, inciso 5º; el consumir el delito en la persona de padres, hermanos ú otros individuos á quienes se debe respeto particular, es ya una circunstancia consignada en el inciso 1º del mismo artículo; las amenazas de muerte al secuestrado ó las lesiones que se le causaren constituirían en algunos casos la concurrencia de delitos, para lo cual se establecen reglas en el artículo 85.

666. Respecto de las primeras circunstancias, esto es, la simulación de autoridad pública ó de orden de autoridad pública, y la calidad de las personas ofendidas, sólo hay que observar que, tratándose de circunstancias que determinan especialmente en el caso la medida de la pena, no deberán tenerse en cuenta para subir la pena del término medio, las dos disposiciones correlativas del artículo 84.

667. El caso del inciso 3º es el de si se hubiese amenazado de muerte al secuestrado ó inferidole una lesión á que la ley señale pena *menor*, esto es, menor que la de uno á tres años de prisión.

La calificación de *menor*, se refiere aquí, gramaticalmente á la pena de la lesión que se hubiera inferido. No hay motivo alguno para que, respecto de las amenazas de muerte, se entiendan derogadas por este artículo las

reglas del 85, ni para entender que las amenazas de muerte en cualquier caso de los que pueden ser penados por el artículo 168, deban ser circunstancias agravantes de la detención privada, y no ésta de aquellas. Si se detiene á una persona, y luego con amenazas de muerte se le obliga á suscribir un cheque que los autores irán á cobrar, no pueden ser estas circunstancias agravantes del delito de detención privada. El delito es otro, la detención es un *medio* de ejecución.

Por esto debe entenderse el inciso 3º del artículo 155, que las amenazas de muerte á que hace referencia son sólo las que pueden servir de *medio*, para que pueda ejecutarse la detención privada.

668. En cuanto á la lesión á que la ley señale pena menor ¿deberá entenderse que sea sólo de lesión penada por el artículo 120, inciso 2º?

El inciso 1º del artículo 120 castiga lesiones que pueden tener pena *igual* á la del artículo 155 ¿Deberán adicionarse en estos casos las dos penas? Ésta adición sería contraria á la regla del artículo 85, sólo en cuanto pudiera la pena exceder de tres años de prisión, pero hasta el máximo de la pena de prisión la adición es posible.

La explicación de esto es fácil. El artículo 155, inciso 3º castiga con pena de uno á tres años la detención privada en que ocurre lesión que merezca pena *menor*, es decir la lesión penada por el artículo 120, inciso 2º. El término medio es en este caso de *dos años*. Si la lesión merece pena *igual* (artículo 120, inciso 1º) hay, entonces, concurso de delitos, y la pena se ajusta con arreglo al artículo 85.

Esto es lo que estaba dicho claramente en el proyecto

Tejedor: “ correspondía la pena de tres años de prisión si se hubiese amenazado de muerte al secuestrado ó inferídosele alguna lesión que no merezca pena de presidio ó penitenciaria. Si la lesión mereciese pena de presidio ó penitenciaria, ó se cometiese algún otro delito con motivo de la secuestración, se impondrá la pena correspondiente al delito mayor”.

669. El artículo 145 del Código italiano contiene una disposición que no aparece en nuestro Código ni se halla en otros que tengo á la vista: “*Cualquiera que reduce á una persona á esclavitud ó á otra condición análoga, será castigado con la reclusión de doce á veinte años.*”

En la República Argentina, desde los primeros momentos de la emancipación política se dictaron decretos y leyes tendentes á abolir la esclavitud, y en la Constitución Nacional vigente ha sido terminantemente confirmada la supresión de la esclavitud. Ello no ha obstado, sin embargo, á que la esclavitud ó un estado análogo se haya realizado pocos años ha, en la reducción de indios á la vida civilizada, después de la última conquista del desierto. Los indios han comenzado por la servidumbre á conocer las ventajas de la civilización, y hemos reproducido el ejemplo de los antiguos pueblos conquistadores que convertían en esclavos á los vencidos.

Casos ha habido también de importación é infames ventas de esclavas blancas, y este hecho, mucho más chocante que el anterior, no ha tenido correctivo ni tiene hoy pena.

No basta declarar libres á todos los que pisen el suelo argentino. Es necesario que existan los medios de poder perseguir á los que violen estas garantías.



CAPÍTULO XIV

SUSTRACCIÓN DE MENORES

(Artículos 158 á 161)

670. Gravedad de este delito y penas con que le castigan los códigos extranjeros. — 671. Crítica de nuestra ley sobre este punto. — 672. Casos previstos por la ley. — 673. Encargado del menor que no lo presente á sus padres ó guardadores. — 674. Pena accesoria de caución.

670. El robo, la sustracción de un niño, dice Pacheco, sea cual fuere el motivo que impela á ello, es un delito de inmensa gravedad en sí propio, de inmensa perversidad en el que lo ejecuta. Sea para causarle perjuicios, y aunque fuese para causarle bien, siempre es un paso que ataca á las más santas é íntimas afecciones y á los derechos más sagrados y respetables (1).

Hay mucha exactitud en estas palabras del comentarista. El código español de 1850, y el de 1870, han castigado este delito con la pena de cadena temporal, que

(1) *El código penal*, etc., tomo 3º, página 247.

puede llegar en su grado máximo á veinte años; el francés le impone la pena de reclusión; el alemán, según el fin que se proponga la sustracción, la de reclusión con máximo de diez años; el austriaco con prisión de cinco á diez años, que podrá ampliarse á veinte si la víctima estuvo en peligro de no recobrar la libertad; en el nuevo código italiano la pena puede llegar, según el caso, á veinte años de reclusión.

671. Sin embargo de esto, en nuestros códigos no se ha atribuido mayor importancia ó gravedad al delito de sustracción de menores. El proyecto del doctor Tejedor proponía la pena de tres meses de arresto para la sustracción del menor de doce años, si era sustraído del poder de sus padres, y de dos meses de arresto si lo era del poder de un guardador ó de cualquiera otra persona encargada de su custodia; el proyecto de la Comisión revisora proponía también la pena de arresto, y por último el Código le señala la pena de uno á tres años de prisión.

Si sólo se viera en este delito una sustracción transitoria ó temporaria, es decir, si sólo se quisiera privar al menor del amparo de los suyos por un corto tiempo la pena aparecería suficiente. Pero si la sustracción tiene el carácter de definitiva, si por ella el hijo ha perdido para siempre á sus padres, y alterado completamente los rumbos de su vida, el delito con relación á los padres equivaldría á que se hubiera cometido un delito de homicidio en la persona de su hijo, para el hijo una desgracia quizás sin reparación. Los móviles del delito serían frecuentemente los más bajos y vituperables, y ni la consideración del enorme daño causado, ni la manifestación de los más feos instintos bastarían según la ley

para imponer una pena mayor que á los delitos que podrían reputarse de jurisdicción correccional. El legislador no ha guardado en esto consecuencia con la severidad de que quiso revestir á la ley cuando reputó consumado el delito de homicidio por no darse razón de la víctima del delito de rapto.

672. Los menores cuya sustracción la ley prevé como delito, son los que tienen menos de quince años. Pero, á este respecto, hace distinción entre los que tienen menos ó más de nueve años. En cuanto á los que tienen más de esta edad y menos de quince, se califica de sustracción de menores sólo la que se hubiere consumado induciendo al menor á que fugara de casa de sus padres, guardadores ó encargados de su persona, en cuyo caso la pena será de tres á nueve meses de arresto. En cuanto á los que tienen menos de nueve años no se hace referencia alguna á la seducción, por la falta absoluta de capacidad para consentir que se vé en un menor de aquella edad.

673. La ley impone la misma pena al que sustrae un menor que al que hallándose encargado de él no lo presenta á sus padres ó guardadores que lo soliciten; disposición que concuerda con el artículo 499 del código español, que tiene, sin embargo esta prudente adición: “ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición”, pues si el menor hubiera sido sustraído de poder de su encargado y sin culpa de éste, no sería justa ninguna imputación.

674. Una disposición final del capítulo de la sustracción de menores prescribe que en todos los casos á que el capítulo se refiere se exija á los reos la caución correspondiente.

La caución era una pena accesoria enumerada en la escala de penas del proyecto Tejedor que la definía en estos términos: "La caución se cumple presentando fiador abonado que responda de que el penado no ejecutará el mal que con ella se trata de precaver, ó que si lo causase pagará la cantidad que haya fijado el tribunal en su sentencia. El tribunal fijará según su prudente arbitrio la duración de la fianza, y si no se diere por el penado, sufrirá una prisión proporcionada".

La supresión de este artículo autoriza á los tribunales á requerir la caución según la entiendan las respectivas leyes de procedimientos.

CAPÍTULO XV

ABANDONO DE NIÑOS

(Artículos, 162, 163 y 164)

675. Disposiciones de los artículos 162 y 163. — 676. Qué debe entenderse por *niño*. — 677. Analogías entre el abandono y la exposición de niño. — 678. Diferencias entre la exposición y el abandono. — 679. Jurisprudencia española. — 680. Deposición del niño en el torno de una inclusa. — 681. Disposición del artículo 164. — 682. Crítica de Pacheco aplicable á este artículo.

675. Por el artículo 162 del Código Penal se impone arresto de tres á seis meses y multa de veinte á doscientos pesos al que *abandone* á un menor de siete años que esté á su cuidado.

Dispone en seguida que, si á consecuencia del abandono muriese el niño, la pena será de tres á seis años de penitenciaria.

676. Al estudiar el título de los *delitos contra el estado civil de las personas*, se ha visto que se calificaba como tal la exposición de un *niño* para hacerle perder el estado de familia. Aunque no se fijaba allí la edad del niño en que podía cometerse delito contra su estado civil, es-

tando á la que determina el diccionario de la lengua, como acepción de aquél vocablo, será niño el que no ha llegado á los siete años de edad, de manera que así en la disposición del artículo 162, como en la del 151, sería una misma la edad de la víctima.

677. Pero ¿no hay también analogía en los hechos mismos? En el artículo 151 se califica el delito según la *intención* que se haya tenido. Si esta fué la de hacer perder al niño su estado de familia, la exposición se calificará de delito contra el estado civil; si el fin fué distinto, se tendrá el delito de abandono.

Esto basta evidentemente para la interpretación de la ley; pero no es bastante para satisfacer la conciencia. ¿Acaso el niño abandonado no perderá en muchas ocasiones su estado civil á consecuencia del abandono? ¿No será el daño igual? Esto último es indudable. Pero, podrá decirse, si se comete el abandono del niño para ocultar un drama de deshonra, ó por el horror de la miseria, la pérdida del estado de familia, si el niño lo tuviera, es una consecuencia dolorosa del abandono, un mal que va anexo á él, pero que no será el mal deseado.

A esto se contesta fácilmente. Son imputables al agente todas las consecuencias del hecho cometido con voluntad criminal. Si el delincuente prevé que la pérdida del estado civil será la consecuencia necesaria del abandono, habrá imputabilidad del delito más grave, quedando absorbido por él el menos grave.

Concluyo, pues, que la interpretación que se deriva de la redacción del artículo 151, de considerar el delito como supresión de estado ó como abandono, según el fin del agente, aunque única correcta, no es justa cuan-

do la realidad del daño causado al menor es la misma.

Debiera ser posible resolver que cuando el niño recibe el daño efectivo de la pérdida del estado civil se aplicaran las disposiciones legales referentes á éste.

678. Los términos *exposición* y *abandono* que usan respectivamente los artículos 151 y 162 no son exactamente equivalentes. El segundo es algo más que el primero.

Esta misma distinción tiene lugar en el idioma francés. En Francia y en Bélgica las leyes usan las palabras *exposition*, *délaissement* con un significado distinto.

Exponer un niño, dice Nypels, es depositarlo en lugar distinto de aquel en que se encuentran las personas habitualmente obligadas á cuidarlo.

Hay *abandono* (*délaissement*), agrega, cuando el niño ha sido dejado solo, y que por este hecho de abandono (*ce fait d'abandon*), ha habido cesación, aunque fuera momentánea, ó interrupción de los cuidados ó de la vigilancia que le son necesarios (1).

Sin embargo, Chauveau y Hélie aseguran que el sentido de la palabra *délaissement* no ha sido fijado de una manera precisa por la jurisprudencia (2).

Pacheco conviene con Alvarez y Vizmanos, tratando de explicar el sentido legal de la palabra, en que comete abandono el padre ó madre que *no cuida* de su hijo, faltando á los deberes que la naturaleza y las leyes le imponen, sin entregarlo á hospicio ó establecimiento de los que la beneficencia pública sostiene para la crianza y educación de los niños desvalidos y menesterosos, etc. (3).

(1) NYPELS, *Code pénal interprété*, tomo 3º, página 93.

(2) *Théorie du code pénal*, número 1729.

(3) PACHECO, *El código penal*, tomo 3º, página 256, 5ª edición.

Convento en que hay abandono en los demás casos de que se ocupan, pero en el propuesto me parece que sería confundir el hecho de la negligencia paterna, perfectamente imputable si se quiere, pero de una imputabilidad que no requiriese, como para todas las imputaciones del código se requiere, el concurso de la voluntad criminal.

- Para mí, el delito consiste en dejar al menor privado, aunque sea momentáneamente, del amparo ó favor que necesita, siempre que la presunción de la voluntad criminal con que el hecho se cometa no desaparezca ante la presunción contraria, resultante de las circunstancias particulares de la causa.

679. En la jurisprudencia española se ha resuelto ya que hay abandono de un niño siempre que se le desampara dejándole solo, y en la imposibilidad, aunque sea momentáneamente, de tener la asistencia y cuidados que necesita. En el caso, el hecho consistía en haberse expuesto á un niño en la puerta de una casa sin detenerse allí hasta después de asegurarse que sus moradores ó alguna otra persona que transitase por la calle habrían de cuidar del niño, y sin que constara que golpearon la puerta de la indicada casa con el objeto de que apercibidos así aquéllos vinieran á recogerlo (1). Esta jurisprudencia es en el mismo sentido de la francesa.

- **680.** Una cuestión que se proponen generalmente los autores de la materia, es la de si constituye delito de abandono el hecho de poner un niño en el torno de una inclusa. El caso ha sido resuelto negativamente en la

(1) VIADA, *El código penal de 1870*. Suplemento primero, página 355.

jurisprudencia francesa ; pero mediante una distinción. La Corte de casación decidió que el depósito en el hospicio no constituía un acto de abandono, por cuanto, decía en un caso, la persona encargada de hacer el depósito sólo se retiró después de haber visto recoger el niño; y en otro caso, que la procesada no se había retirado hasta después de oír que la religiosa de servicio había tomado el niño del torno (1), solución que, como se ve, no tiene un fundamento distinto del que sirve para distinguir el abandono en cualquier caso.

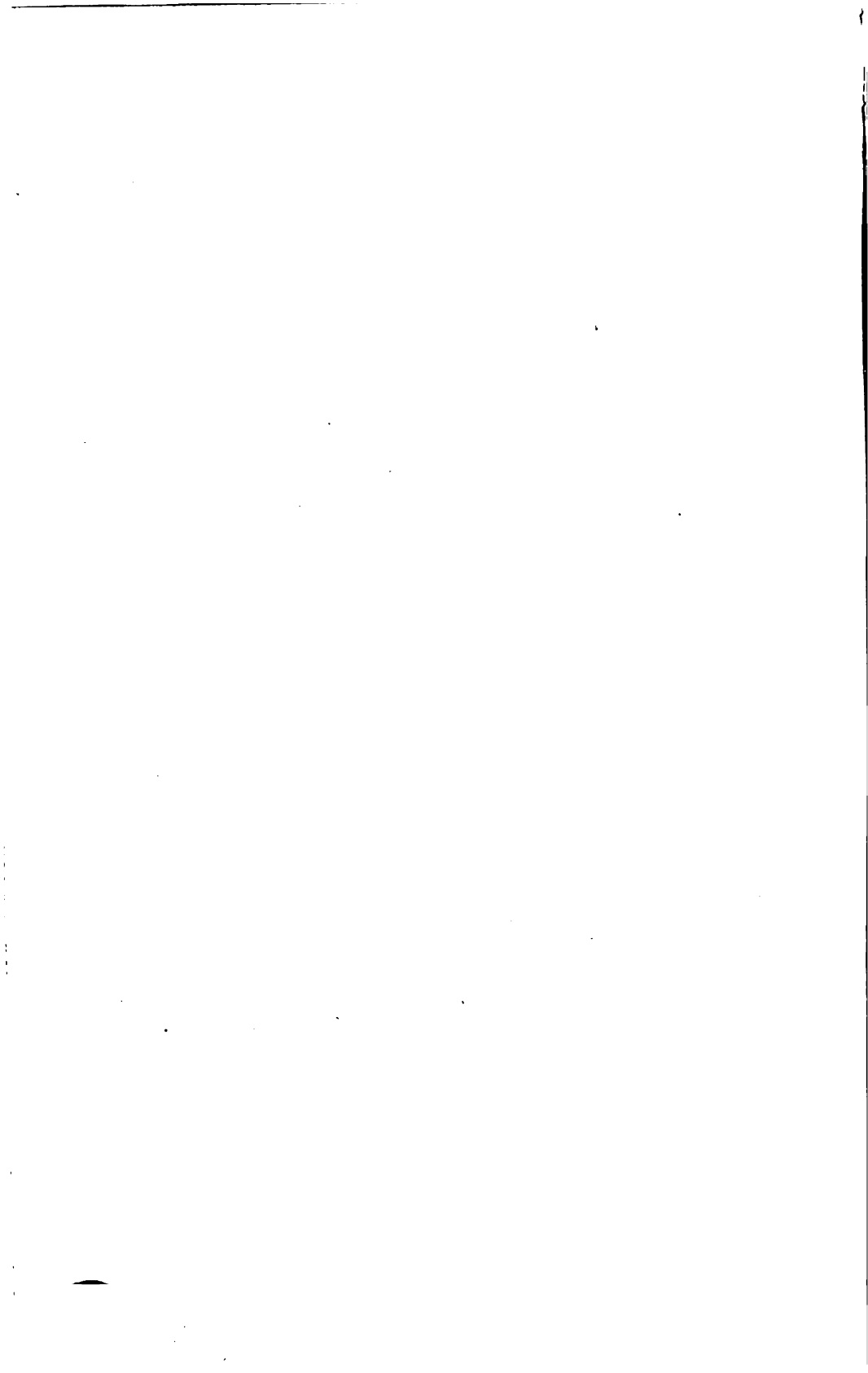
681. En nuestro Código el artículo 164 prevé el caso con referencia al que, teniendo á su cargo la educación ó crianza de un menor, lo pusiere en un hospicio público ó lo entregare á otra persona sin la anuencia de los padres ó guardadores, ó de la autoridad local, á falta de unos y otros, imponiendo en este caso la pena de multa de cincuenta á quinientos pesos, á favor del menor.

¿ A qué menor se refiere la ley ? En el artículo 162 habla de un *menor de siete años* y aquí de un *menor*. Se trata, entonces, de todo menor.

682. Conviene aquí la observación de Pacheco á iguales disposiciones del código español : “ La palabra menor de que usa sin más limitación el artículo nos parece un poco extensa, como que *menores* son cuántos no llegan á 25 años (22 en nuestra ley) : niños á la verdad un poco grandes para andar penando por falta de formalidad en su recibo ó entrega ” (2).

(1) CHAUVÉAU y HÉLIE, *Théorie du code pénal*, número 1730.

(2) Op. cit., tomo 3º, página 258.



CAPÍTULO XVI

VIOLACIÓN DE DOMICILIO

(Artículos 165, 166 y 167)

683. Importancia del derecho protegido por este título. — 684. Se trata aquí de la violación de domicilio cometida por particulares. — 685. Observaciones sobre el método. — 686. Definición legal del delito. — 687. La acepción del domicilio es distinta de la que tiene en lo civil. — 688. No puede confundirse la violación de domicilio con un atentado á la propiedad. — 689. El derecho de inviolabilidad lo tiene el inquilino contra el propietario. — 690. La protección no se extiende á las cosas muebles. — 691. No hay violación de domicilio en el ingreso en un campo ajeno. — 692. La ley sólo menciona el ingreso en morada ajena, no la permanencia en ella contra la voluntad del morador. — 693. Exámen de los términos *contra la voluntad del morador*. — 694. Jurisprudencia española. — 695. Casos en que no es delito el ingreso en morada ajena sin consultar la voluntad del morador. — 696. Ingreso en casa abierta al público. — 697. No se debe entender por tal la casa de tolerancia. — 698. Penalidad de la violación del domicilio.

683. La morada de un individuo es el sitio en que debe gozar de la libertad más extensa, de la indepen-

dencia más absoluta, y de la seguridad más completa.

Un pueblo libre no puede *acordar* por la ley al ciudadano la garantía ó el derecho de la inviolabilidad del domicilio; la ley no hace otra cosa que reconocer un derecho anterior á su formación. La inviolabilidad del domicilio es, bajo este aspecto, un derecho tan natural como el derecho de vivir. La Constitución Argentina *declara* que el domicilio de todo habitante de la República es inviolable; y es en el Código Penal, bajo el título de *Delitos contra las garantías individuales*, que encontramos las disposiciones que defienden aquel derecho, y que serán materia de estudio en el presente capítulo.

684. El derecho de todo habitante del país para ser respetado en la inviolabilidad del domicilio, es indiscutiblemente el mismo cuando se le considera con relación á un atentado cometido contra él por un funcionario ó empleado público, ó cuando lo es por un particular.

Sin embargo, por el sistema del Código no procederá la misma calificación. Cuando es un funcionario ó empleado público, que, en *carácter de tal*, pero fuera de los casos en que la ley lo autoriza, penetra en morada ajena contra la voluntad de su dueño, la ley no mira para la calificación del delito la naturaleza del derecho lesionado, sino la transgresión del empleado ó funcionario á sus deberes de tal, y califica el delito de *abuso de autoridad*.

Se trata, pues, por el momento, y en razón de seguir en la exposición de esta parte el método del Código, de la violación de domicilio cometida por particulares.

685. Esta separación de la misma materia bajo títulos

diferentes, es un defecto consiguiente á la división general de los delitos en públicos y privados. Como esta división aparece en varios códigos, así también se encuentra en ellos las disposiciones de la materia bajo dos títulos. Ocurre aún lo mismo en algunos códigos, como el español, que no siguen aquella división general, y en que la inviolabilidad del domicilio aparece protegida contra los funcionarios públicos en la sección "De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución", (1) mientras que la protección contra la ofensa inferida por los particulares aparece legislada en el capítulo "Allanamiento de morada", del título "De los delitos contra la libertad y seguridad".

Para el código italiano, en cambio, el delito contra la inviolabilidad del domicilio, es siempre un delito contra la libertad, cualquiera que sea la calidad del autor. La distinción entre el oficial público y el particular proporciona solamente un criterio para la determinación de la pena (2). Ha hecho exactamente lo mismo el código de la República Oriental del Uruguay (3), ajustado al método de los proyectos italianos.

686. Comete el delito de violación de domicilio, según los términos de la ley penal, "el que entra en morada ajena contra la voluntad del morador", redacción perfectamente igual á la del artículo 414 del código español de 1850, que fué modificada por la reforma de 1870 en que se dijo "el particular que entrare en morada

(1) Artículo 215, n° 1°.

(2) Artículo 158.

(3) Artículo 163.

ajena, etc.", á fin de distinguir este delito del que cometiere el funcionario público. La modificación sería innecesaria en nuestra ley, porque la distinción resulta evidentemente de la distribución de las materias.

687. El domicilio se viola con entrar en morada ajena. Es este el primer elemento del delito, y conviene examinar el alcance de los términos legales.

La primera observación que sugiere la redacción del texto legal es que la palabra domicilio no tiene en lo penal, y de ninguna manera, la acepción en que la usa la ley civil. Contra una imputación de violación de domicilio no podrá alegarse jamás, en ningún caso, que el ofendido no se hallaba en su domicilio según los términos de la ley civil. Lo mismo causa domicilio á los efectos de la ley penal, la habitación permanente de la casa propia, el asiento de la residencia y de los negocios, que la ocupación accidental de una habitación cualquiera. En esta primera observación no hay disidencia posible; y es quizás atendiendo á esta conclusión clarísima que el código español usa como título del capítulo el de *Allanamiento de morada*; pero yo opto por la frase *violación de domicilio*, por ser correlativa á la de *inviolabilidad del domicilio* que tiene la consagración del derecho constitucional.

688. Otra observación que surge del examen de la ley es la de que lo que ésta protege es una seguridad individual, un derecho eminentemente personal, y de ninguna manera el derecho real de la propiedad ni la seguridad de la cosa. La violación del domicilio en sus caracteres esenciales no puede presentar nunca analogía con los delitos contra la propiedad.

Resulta de esta observación la consecuencia de que desde el momento en que aparezca que el acto de entrar en morada ajena tenga un objeto distinto del muy limitado de violar la tranquilidad y la independencia del que se encuentra en su morada, la imputabilidad por violación de domicilio desaparece, absorbida por la imputabilidad de un delito de distinto género, como por ejemplo, el de robo, el de violación, el de homicidio, etc.; siempre que por los actos realizados por el agente apareciere consumado ó simplemente tentado uno de aquellos delitos.

689. Está dicho que lo que la ley protege es la morada, nó la propiedad, de modo que el derecho de inviolabilidad del domicilio lo tiene el inquilino, aunque sea de una habitación, contra el propietario.

690. Pero es en todo caso la habitación, la morada, lo que la ley protege sin extender este derecho á cosas que no pueden ser habitación ó morada. Si alguien con el consentimiento presunto del morador penetra en la habitación de éste y viola allí la reserva de sus muebles, no habrá violación de domicilio, y aunque esto parece tan claro que no admite duda, justificará mi observación el hecho de que la Corte de París decidió que la disposición final del artículo 184, referente á la violación de domicilio por particulares, encerraba una garantía general y absoluta para su vida privada, para el secreto con que tiene derecho de resguardarse y para todos los intereses de fortuna y de honor que se refieren á él; y que la palabra domicilio en el texto y en el espíritu de la ley penal es una expresión genérica, cuyo sentido complejo comprende á la vez no solamente la habitación

y cada una de sus partes, sino todos los muebles que están contenidos en ella (1).

691. Dificultad más justificada puede aparecer para determinar qué extensión debe atribuirse á la palabra morada cuando se trata no de la entrada al recinto habitado, sino á dependencias más ó menos inmediatas. Tratándose de una propiedad rural en que hay una casa habitada ¿cometerá violación de domicilio el que penetre en los límites del campo contra la voluntad de su dueño? He visto hace poco tomar en cuenta en el examen de las circunstancias de un delito, el ingreso en el campo como un ataque al domicilio.

En opinión de Carrara, el ingreso arbitrario en el fundo ajeno constituirá un delito de otra especie cuyo *objeto* será distinto del lesionado en la violación del domicilio. Afirma que en la violación del domicilio están incluidas las *dependencias*; pero agrega que corresponderá á la prudencia del magistrado determinar las condiciones en que tales dependencias lleguen á configurar la especie de delito de que se trata (2).

En mi opinión, no habría violación de domicilio por el simple ingreso en el campo ajeno en tanto no se tratara de una parte de inmediata dependencia de la casa ó habitación. El objeto de la ley es proteger el derecho de independencia absoluta y de seguridad completa que el individuo debe tener en el sitio destinado á su morada y en todo lo que es inmediatamente dependiente de ella.

(1) Cita de NYPELS, *Code pénal interprété*, tomo 2º, pág. 494.

(2) *Programma*, § 1656.

Ahora bien, yo no veo que de ninguna manera el destino de un campo, aunque cercado, pueda servir de morada á un individuo; ni que el objeto del cercado en los campos sea fijar por el todo la extensión en que se pretenda la inviolabilidad del domicilio, tanto más en nuestro país, en que la propiedad rural abarca extensiones que no admiten término de comparación con las de muchos otros.

692. Según los términos de nuestro artículo, el delito se comete con el solo *ingreso* en morada ajena, y de ninguna manera por la permanencia en él contra la voluntad del morador que hubiera consentido en el ingreso y que intimara el retiro.

Esta distinción resulta expresamente formulada en el texto del artículo 157 del código penal italiano y en el 123 del código penal alemán; el derecho violado es e mismo en la introducción que en la permanencia arbitraria en casa ajena, y sería justo que la ley resolviera en el mismo sentido los dos hechos (1).

693. Otro elemento esencial á la existencia del delito de violación de domicilio es que el ingreso en morada ajena se haya efectuado *contra* la voluntad del morador. Con estos términos se significa la prohibición expresa ó presunta del morador; y me parece que ellos bastan para caracterizar este elemento del delito; es, pues, en mi opinión una previsión inútil la de nuestro Código cuando advierte que también se comete el delito cuando se entra subrepticamente en casa ajena ocul-

(1) La misma opinión emite sobre la ley penal francesa, GARRAUD, *Traité du droit pénal français*, tomo 3º, nº 300.

tándose en ella. Me parece aún que hay inexactitud en esta enunciación de una forma del delito de violación de domicilio. Poco importa que entre subrepticamente y se oculte en mi casa la persona de mi íntima confianza para quien mi casa esté abierta en todo momento. Por inconveniente que sea la forma en que entre, no lo hace contra mi voluntad; y no es ciertamente por la manera de entrar que se viola mi derecho, sino por mi expresa ó presunta voluntad de prohibir la entrada. Si una persona á quien se ha permitido la más ilimitada libertad de entrar en una casa ajena, lo hace en una forma impropia, será suficiente sanción de esta irregularidad el retiro de la confianza; pero es indiscutible que recién en ese momento nacerá la prohibición cuya transgresión constituirá el delito.

694. La ley habla solamente de la voluntad del morador, y el alcance de estos términos ha sido examinado en un caso de la jurisprudencia española. La Audiencia de Burgos estimó que había delito de allanamiento de morada en el ingreso en casa ajena, reservadamente, y por invitación de una joven con quien el sujeto del hecho había quedado convenido en una cita. La Audiencia estimó que este hecho había tenido lugar contra la voluntad presunta del jefe de la familia, por lo que calificó el hecho de allanamiento de morada. Pero el Tribunal Supremo hizo lugar á la casación fundándose en que es reo particular de este delito el que entra en morada ajena *contra la voluntad* del morador; que el hecho de concurrir á la cita no constituía el delito de allanamiento, puesto que mediaba acuerdo, anuencia y beneplácito de la joven, siendo ignorada por el sujeto la prohibición

del padre de ésta, á la cual se sometió inmediatamente de serle intimada (1).

695. Hay casos en nuestra ley en que un particular puede ingresar en casa ajena sin preocuparse de la ad-quiescencia del morador y sin que con el hecho cometa delito. Estos casos son los mismos que reconoce la ley española, á saber: el de evitar un mal grave á sí mismo, á los moradores, ó á un tercero ó el de prestar algún servicio á la humanidad ó á la justicia.

En estos casos no hay precisamente uso de un derecho de entrar en morada ajena, sino exención de pena fundada en la poderosísima excusa de la fuerza mayor ó del interés público ó de la humanidad ó de la justicia, que movió al agente en la consumación del hecho.

696. El artículo 167 está también tomado íntegramente del código español: “lo dispuesto en este capítulo no tiene aplicación á los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuvieran abiertas”. Es también la disposición del artículo 214 del código brasileiro.

Pacheco justifica esta disposición, pero con un alcance que no es el que resulta del texto del artículo. El habitante de una casa pública, dice, no tiene derecho para repeler á quien quiera entrar á su casa *proponiéndose algún objeto de los que en ella legítimamente se buscan*, y no faltando á las reglas de policía y de buena sociedad. En seguida agrega: “La consecuencia de ser una casa pública es que puedan entrar en ella todos los que se

(1) VIADA, *El código penal reformado*, suplemento 1º, pág. 356.

dirijan á buscar el fin para el cual está destinada. Si no se dirigen á aquél; si faltan á las reglas y consideraciones regulares, el dueño puede ponerlos en la puerta, lanzándolos del lugar que revuelven y alborotan " (1).

El doctor Tejedor anotaba el artículo de su proyecto con estas palabras del criminalista citado; pero aunque en tal sentido sería muy justa la disposición, debe convenirse que nada de ello resulta del texto del artículo, cuyas terminantes disposiciones no son del todo justas.

697. En lo que encuentro acertada la interpretación de Pacheco, es en no reputar *casas públicas*, á las que haya podido referirse la ley, las casas de mujeres públicas. El oficio que en ellas se hace podrá ser *tolerado*, y, por conveniencias de higiene y de moral, sometido á reglamentación policial; pero de ello no se sigue que la tolerancia sea una autorización. "La moral y la legislación repugnan de consuno que se miren esas casas como de un tráfico autorizado: la tolerancia que puede haber respecto de ellas, la misma sujeción á la policía en que por una triste necesidad tienen que hallarse, no deben extinguir todo resto de pudor hasta el punto que supone la hipótesis de que tratamos. Por muy degradada que esté una mujer, la ley no ha de considerarla más envilecida de lo que ella quisiere; y lejos de condenar un acto de energía y de elevación, aunque sea efímero, debe patrocinarlo y sostenerlo, como un principio de bien que sería apetecible progresara y se mantuviera. Cuando una infeliz de esta clase cierra sus puertas á un

(1) PACHECO, *El código penal*, etc., tomo 3º, página 267.

hombre, no se ha de asociar el Código al acto brutal de éste que quiere forzarlas" (1).

698. Las penas que el Código impone al delito de violación de domicilio son las de arresto hasta seis meses y multa de diez á cien pesos.

En el caso de que el hecho se cometa con violencia ó intimidación, la pena aumenta á prisión por uno á dos años y multa de cien á quinientos pesos.

(1) PACHECO, ib. loc.

Constituye, pues, delito especialmente definido toda *amenaza*, esto es todo acto por el que se dé á entender á una persona que se le inferirá un mal que constituirá ó no delito, sea que se le intime ó no la ejecución ó inejecución de un hecho, así como toda *coacción*, es decir todo acto de violencia física ó moral por el cual se impida á una persona hacer lo que la ley no manda ó se le compela á ejecutar lo que no quiere.

700. Esto que acabo de expresar es lo que resulta del contexto general del título de *Amenazas y coacciones*, del Código Penal.

Por él se dispone que se castigará al que amenazare á otro con causarle á él mismo ó á su familia, en sus personas, honra ó bienes, un mal que constituya delito, variando el grado de la pena según que se hubiese hecho la amenaza exigiendo una suma de dinero ó la ejecución ó inejecución de un hecho, y se hubiere conseguido el propósito, ó que no se hubiere conseguido, ó que la amenaza no hubiera tenido aquellos objetos.

Se dispone asimismo que será castigado el que impida á otro hacer lo que la ley no prohíbe ó lo compela á ejecutar lo que no quiere, incluyéndose en la misma penalidad al que con amenazas ó violencias se hiciere justicia á sí mismo tomando ó haciéndose dar una cosa de su deudor para hacerse pago con ella.

701. Estas disposiciones son tomadas del código español, y convendrá en todo caso examinar para su aplicación la jurisprudencia española al respecto.

Distingue el código español, como el nuestro, entre la amenaza *condicional*, ó por la cual se exige dinero ó se impone cualquiera otra condición, de la amenaza que

no tiene estos objetos; y se ha resuelto allí que para que exista el delito de amenazas es indispensable que el que las profirió se propusiera algún fin lícito ó ilícito (1). Pero conviene advertir que el código español presenta en el libro de las faltas una disposición que dá lugar á una interpretación más exacta de los elementos constitutivos del delito de que se trata. El artículo 604, número 3º, castiga como autor de *falta* al que de palabra ó en el calor de la ira amenace á otro con causarle un mal que constituya delito, y el número 4º, á los que amenazaren á otro con un mal que no constituya delito.

702. Esta disposición que auxilia en la solución de muchas dificultades no aparece en nuestro Código, subsistiendo en cambio los términos generales amplísimos del artículo 169, según el cual todos los casos de amenazas no calificados especialmente en el artículo 168, serán castigados con la pena de uno á tres meses de arresto.

Es, pues, con esta reserva que debe consultarse la jurisprudencia española.

703. El artículo 168 califica el delito de amenazas de un mal que constituya delito, cuando la amenaza se hubiese hecho exigiendo una suma de dinero ó la ejecución ó inexecución de un hecho, y se hubiere conseguido el propósito, el que se distingue del caso en que éste no se hubiera obtenido.

En el primero, la ley impone la pena *inferior en un grado* á la señalada por la ley al hecho con que se amenazare, y en el segundo, la inferior en *dos grados*, y á no

(1) VIADA, *Código Penal reformado*, página 689.

ser esto posible, el mínimun de la inferior en grado.

En esta disposición se ha cometido el gravísimo error de copiar demasiado fielmente el texto del artículo 507 del código español.

Adviértese desde luego que el artículo comprende, como queda dicho, toda amenaza que se profiriese en cualquier momento, siempre que se conmine á alguien á hacer ó no hacer alguna cosa. Pero una amenaza así, aun condicional, se profiere con mucha frecuencia por mera intemperancia de lenguaje y sin propósito alguno de cumplirla. La pena resultaría entonces en tal manera excesiva, que sería más que violento aplicarla. La jurisprudencia y la doctrina del código español salvan de la severidad excesiva que resultaría de nuestra ley.

Pero un inconveniente mayor resulta de haber copiado sin mucha discreción en este punto el código español, y es el relativo á la determinación de la pena de este delito por *grados*. El sistema de las penas del código español es el de las *escalas graduales* que consigna el artículo 92, y cuyas reglas de aplicación de las penas en los casos en que debe imponerse una pena inferior ó superior en uno ó más *grados*, están determinadas en los artículos 76 y 77. Pero ¿cómo deberá aplicarse la penalidad de nuestro artículo 168? La enumeración del artículo 54 no contiene *grados* de penas, sino *clases*. Si tomáramos estas clases por grados en el orden en que están colocadas, podrían resultar en la aplicación ridículos disparates. Si la pena del hecho con que se amenazara, fuera de *arresto* habría que imponer por la *amenaza*, si se consiguiera lo exigido, la pena de *destierro*, por uno á seis años, y si no

se consiguiera lo pedido, la de *inhabilitación absoluta*!

¿Qué regla adoptar? ¿En qué orden se colocarán las clases de pena para convertirlas en grados? En ninguno. El juez no está autorizado en ningún caso á hacer la ley. Cualquiera solución que se encuentre á la aplicación de las penas de este artículo será arbitraria.

704. Las distinciones y la penalidad del código Tejeedor eran más completas y exentas de dificultades. En él la amenaza por escrito de causar un mal que constituyese delito se castigaba con prisión de uno á tres años, si la amenaza tenía por objeto el que se depositara una suma de dinero ó se ejecutara cualquier otro acto; con arresto de tres meses si la amenaza fuese incondicional, pero por escrito, y de dos meses si fuese verbal.

Creo que hubiera sido conveniente conservar estas disposiciones.

705. El reo de amenaza condicional ó incondicional *puede ser* condenado, además de las penas que la ley fija, á la caución de no ofender y, en su defecto á la vigilancia de la autoridad.

Resulta claramente de los términos en que está redactado el artículo que así lo dispone, que las penas de caución y de vigilancia de la autoridad no son en estos casos accesorios indispensables de las penas que correspondan á la amenaza, sino que se impondrán ó nó conjuntamente con ellas cuando el tribunal lo estime necesario.

Pero ¿por qué tiempo se impondrá la sujeción á la vigilancia de la autoridad? La ley no lo dice. Deberá, por consecuencia, marcarse un término prudencial, teniendo bien presente que el máximum de sujeción á la vigilancia de la autoridad para los penados de presidio es de cinco años,

706. ¿Podrán los tribunales aplicar indistintamente las penas de caución ó de vigilancia de la autoridad? No parece que el texto pueda dar lugar á dudas. Sin embargo, exactamente con la misma redacción en el código español, la cuestión fué llevada al Tribunal Supremo, que casó una sentencia en que se imponía la pena de destierro (que aquel código prescribe en lugar de nuestra vigilancia de la autoridad) sin haber exigido previamente la caución (1).

707. En lo que precede queda expuesta la parte del capítulo de la ley penal referente á las amenazas. El artículo 171 se refiere al que por medio de *violencia* impidiese á otro hacer lo que la ley no prohíbe ó le compeliere á ejecutar lo que no quiere, á cuyo delito señala la pena de arresto de uno á tres meses con multa de veinticinco á doscientos pesos.

La amenaza y la violencia tienen de común que son una fuerza opuesta á la voluntad y á la acción del individuo. Son hechos del mismo género y que pueden en determinadas circunstancias indicarse con una sola designación. Pero cuando la ley emplea bajo el mismo título de amenazas y coacciones las calificaciones de amenazas y violencias, es necesario determinar en cuanto difieren dentro de la misma ley estos conceptos. Las amenazas se ejecutan dando á entender que se inferirá un daño cualquiera á la persona amenazada; y como este hecho tiene por objeto determinar la acción ó la voluntad del amenazado, en cierto sentido, la amenaza es una violencia moral. La violencia á que la ley se refiere en se-

(1) VIADA, *Código penal reformado*, página 660.

guida como sinónima de coacción ocupa, entonces, el lugar de la violencia física. Así las distingue también el código penal belga cuando define en el artículo 483 las violencias y las amenazas como circunstancias calificativas del robo. Por violencias, dice, entiende la ley los actos de coacción física ejercidos sobre las personas. Por amenazas, la ley entiende todos los medios de coacción moral, por el temor de un mal inminente.

Además de estas distinciones es manifiesto que contribuye á diversificar las amenazas y las coacciones el hecho de que las primeras se refieren á un mal futuro, en tanto que la violencia, propiamente dicha, no nace sino del mal presente.

708. Nuestro artículo 171 es perfectamente análogo al artículo 510 del código penal español, que usa también el término *violencia* después del de *amenazas* en el capítulo *Amenazas y Coacciones*, y en su aplicación ha declarado repetidamente el Tribunal Supremo que la palabra *violencia*, de que usa la ley para definir el delito de coacción, significa el ejercicio de una fuerza material para obligar á otro á hacer lo que no quiere. Así lo declaró en sentencia de 8 de Mayo de 1879, y por sentencias de 23 de Febrero de 1882 y 22 de Noviembre de 1884 repitió que para que existiera el delito á que se refiere el artículo 510 no bastaba la simple intimidación sino que era necesario el empleo de la violencia ó fuerza material en la persona á quien se compelia á efectuar lo que no quería (1),

709. Nuestro artículo 172 castiga con la misma pena

(1) *Código penal anotado por la redacción de la Revista de los Tribunales.*

de arresto por uno á tres meses y multa de veinticinco á doscientos pesos al que con amenazas ó violencias se hiciere justicia á si mismo, tomando ó haciéndose dar una cosa de su deudor para hacerse pago con ella.

Esta disposición es también exactamente la del artículo 511 del código penal español.

En el método del código penal italiano, el acto de hacerse justicia por si mismo se ha considerado como un delito contra la administración de justicia, porque en el hecho de que se trata la ofensa se infiere á ella y no al deudor.

Sin embargo, lo que caracteriza aquí el delito no es el hecho de quitar al deudor lo que debe entregar, sino la circunstancia de ejecutarlo con violencias ó amenazas.

CAPÍTULO XVIII

DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

(Artículos 173 á 176)

710. Delitos de descubrimiento y de revelación de secretos. —
711. Observaciones sobre el método. — 712. Denominación que correspondería á esta clase de delitos. — 713. Elementos del delito. — 714. Apoderamiento de cartas. — 715. Criterios de gravedad y penalidad de estos delitos. — 716. Descubrimiento del secreto de invención ó procedimiento industrial. — 717. Descubrimiento del secreto por administrador, dependiente ó criado. — 718. Disposición general sobre responsabilidad civil.

710. El Código Penal, en el capítulo *Descubrimiento y revelación de secretos*, y como correspondiente al título de los *delitos contra las garantías individuales*, ha legislado la penalidad del delito consistente en apoderarse de papeles ó cartas de otros, revelando ó no los secretos que contengan, aprovechándose ó no de ellos; el delito consistente en descubrir el secreto de alguna invención ó procedimiento industrial que hubiera sido confiado

en calidad de amigo, discípulo, dependiente ó socio ; y el delito del administrador, dependiente ó criado que divulgue los secretos de su patrón, de los cuales hubiese tenido conocimiento estando al servicio de éste.

Quedan excluidos de este capítulo por corresponder al de revelación de secretos del título de los *delitos peculiares á los empleados públicos*, la revelación de secretos cometida por empleado público, y de que hubiera tenido conocimiento por razón de sus funciones. En el mismo capítulo está incluida la penalidad de la revelación del secreto profesional, entendiéndose así la ley que es empleado público el que ejerce profesión que requiere título.

711. Encuentro en todo esto una confusión de ideas que tiene por causa principal, como lo he indicado con insistencia, el método adoptado por el Código. Pero hay en lo referente á este capítulo otra observación que hacer. Si se ha designado el título con la denominación *delitos contra las garantías individuales*, se ha hecho referencia á las garantías que la Constitución declara y reconoce en favor de todos los habitantes del país, y debe buscarse el elemento esencial de un delito de este capítulo en una violación de aquellas garantías.

Ahora bien, la Constitución declara que es inviolable la correspondencia epistolar y los papeles privados, y declara también que todo autor ó inventor es propietario exclusivo de su obra, invento ó descubrimiento por el término que le señale la ley. Estas son las únicas garantías individuales que tienen atinencia con las disposiciones del capítulo de que trato.

Violará una garantía individual el empleado público

que abusando de su cargo intercepte, sustraiga ó publique una carta particular, y sin embargo el Código no calificará el delito como violación de una garantía individual. En cambio, no podrá decirse que viola una garantía individual el criado que se entera de un secreto de su patrón que no haya conocido por violación de correspondencia ó de papeles privados; y en este caso la ley le declara autor de violación de aquella garantía. La Constitución no garantiza el secreto de un invento industrial: garantiza la propiedad del invento por un tiempo determinado, y no permite que otro use de él, importando poco, en consecuencia, que se conozca ó no el secreto del procedimiento industrial, y sin embargo, la ley ha mirado en esto la violación de una garantía.

712. Estas materias, y en el mismo orden que nuestro Código las consigna, están colocadas en el código penal español que en esta parte como en tantas otras ha servido de modelo á nuestra ley; pero allí se las ha colocado en el título de los *delitos contra la libertad y seguridad*, denominación que sin inconveniente alguno y, al contrario, con beneficio de la mayor claridad, podía haberse observado.

713. El delito de descubrimiento y revelación de secretos se comete, como queda dicho, por el apoderamiento de papeles ó cartas de otro. Estos son los términos en que se expresa el artículo 173. En él no se dice, como en el artículo 512 del Código español, que comete el delito “el que *para descubrir* secretos de otro se apodere de sus papeles ó cartas”. El elemento intencional no está expresamente consignado en nuestro artículo; pero deberá resolverse, atendiendo al rubro del capítulo, que el apo-

deramiento de los papeles ó cartas de otro debe tener por objeto el descubrimiento y revelación de secretos para que se tenga por existente el delito de que se trata.

714. Pero, no solamente se comete el delito con descubrir ó revelar secretos, sino también con el simple apoderamiento de la carta, aunque no se descubriera con ello ningún secreto. Así está claramente consignado en el inciso 2º del artículo 173: si no revelase ó no se aprovechase de los secretos, *ó si los papeles ó cartas sustraídas no los contuviesen, etc.*

En esta disposición es en la que verdaderamente se resguarda la inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados, considerándose consumado el delito, no por haberse satisfecho el fin ulterior que el delincuente se propusiera, sino por haber ofendido el derecho ajeno á aquella inviolabilidad.

715. La gravedad del delito depende de que se haya revelado ó aprovechado de los secretos contenidos en los papeles ó cartas de que el delincuente se apoderara ó no se haya revelado el secreto, ó los papeles no los contuvieran. Las penas que en consecuencia de estas distinciones aplica la ley son para el primer caso la de arresto de tres meses á un año, y para el segundo de uno á tres meses de arresto.

716. En el artículo 174 se prevé el descubrimiento del secreto de alguna invención ó procedimiento industrial que se le confie en calidad de amigo, discípulo, dependiente ó socio y se castiga con la pena de arresto de tres meses á un año y multa de cincuenta á quinientos pesos.

La cuestión que esta disposición puede suscitar es la de saber si para que proceda la aplicación de la pena en

el caso del artículo, será necesario que el secreto industrial esté ya garantido por un privilegio.

En la doctrina se resuelve generalmente esta cuestión en el sentido de que las disposiciones de este artículo se aplicarán sin la distinción que presenta la cuestión propuesta (1). Entre nosotros la cuestión debe resolverse de la misma manera, atendiendo en primer lugar á que lo que el artículo castiga es el abuso de confianza que cometerían las personas designadas, y en segundo término, el objeto de la ley de privilegios y patentes de invención es especialísimo y están sus disposiciones suficientemente garantidas con las sanciones penales que en la misma ley se contienen.

717. El artículo 175 contiene una disposición perfectamente concordante con la del artículo anterior. Impone la misma pena de arresto por tres meses á un año y multa de cincuenta á quinientos pesos al administrador, dependiente ó criado que divulgue los secretos de su patrón de que hubiera tenido conocimiento estando al servicio de éste.

Para que exista el delito de violación en este caso no es necesario que las personas expresadas hubieran tenido conocimiento del secreto revelado en razón del apoderamiento de papeles ó cartas. La ley no hace distinción alguna al respecto.

718. El artículo 176 declara que las penas de este capítulo y las demás que el Código impone son sin perjuicio de las acciones del damnificado para pedir la correspondiente indemnización.

(1) PACHECO, ob. cit., tomo 3º, pág. 279; VIADA, id. pág. 667.

No deja de ser original que una disposición de carácter tan general como la que en dicho artículo se consigna, haya sido colocada, ya que se creyó necesaria, en la parte especial del Código y bajo el título de revelación de secretos. ¿No será esto para muchos una verdadera revelación de un secreto?

CAPÍTULO XIX

DE LAS CALUMNIAS É INJURIAS

(Artículos 177 á 186)

719. Concepto legal de la injuria y la calumnia. — 720. Analogía entre nuestra ley y la española. — 721. Diferencia con otras legislaciones. — 722. Criterio legal de distinción entre la injuria y la calumnia. — 723. La imputación calumniosa sólo puede referirse á un hecho ejecutado ó en ejecución. — 724. Otra condición esencial de la calumnia. — 725. Cuándo puede haber calumnia y no injuria en la imputación de una violación. — 726. Falsedad de la imputación. — 727. Imputación de delito ya juzgado. — 728. La responsabilidad por injuria no depende de la verdad ó falsedad de la imputación. — 729. Imposibilidad de determinar por la ley la gravedad de las injurias. — 730. Criterios adoptados por aquélla. — 731. Calumnia ó injuria equívocas ó encubiertas. — 732. Propagación por medio de la prensa. Teorías sobre el delito de imprenta. — 733. Facultad constitucional del Congreso para legislar sobre imprenta. — 734. Reproducción de una injuria ó calumnia propagada por la prensa. — 735. Ejercicio de la acción. — 736. Remisión de la pena. — 737. Compensación de injurias verbales y de escritas leves. — 738. Retracción. — 739. Penalidad de las calumnias é injurias.

•

719. Cualesquiera que sean las acepciones que en el lenguaje común tengan las expresiones *calumnias* é *injurias*, su sentido legal resulta claramente de las disposiciones del capítulo respectivo del Código Penal.

En nuestro antiguo derecho se entendía por injuria toda acción ó palabra que se ejecutase ó profríese en deshonra ó desprecio de otro, y por calumnia el delito del que, abusando del derecho de acusar que las leyes acuerdan á los ciudadanos, era convencido de falsedad.

Este concepto que limita la calumnia al caso en que la imputación del delito se hubiera hecho en una acusación ó denuncia á la autoridad, no es el que ha adoptado nuestra ley, siguiendo en este punto al código español.

Constituye la calumnia, según el artículo 177, la falsa imputación de un delito que tenga obligación de acusar el Ministerio fiscal, ó de delitos cometidos por un empleado público en el ejercicio de sus funciones.

Comete delito de injuria el que deshonra, desacredita ó menosprecia á otro por medio de palabras ó escritos que no pueden constituir calumnia, ó por medio de hechos ó acciones que no importen otro delito más grave.

La distinción resulta inequívoca de estos términos. Hecha una imputación de palabra ó por escrito á una persona, bastará para establecer si la acción procedente es la de injuria ó la de calumnia, investigar si el *hecho* imputado constituye un *delito* que puede ser perseguido por acción pública. Si el hecho imputado no constituye delito de ese género, ó es depresivo, sin estar clasificado como tal, se tendrá una injuria.

Habr  asimismo una injuria si no se imputa un hecho sino una falta de moralidad, un vicio   una determinada aptitud para cometer cualquiera delito.

720. Pero, si en general, lo expuesto basta para distinguir la calumnia de la injuria, será, sin embargo, conveniente recordar circunstanciadamente el alcance que debe darse á los términos legales.

Desde luego, y si es necesario ilustrar la cuestión con las soluciones de la jurisprudencia y de la doctrina, debe observarse que en España la legislación sobre esta materia presenta estrecha analogía con la nuestra.

En el código español se define la calumnia, la falsa imputación de un delito de los que dan lugar   procedimientos de oficio, y la injuria, toda expresión proferida   acción ejecutada en deshonra, descrédito   menosprecio de otra persona (1).

721. Podrán concurrir   aquel objeto también la legislación y la doctrina de otros países. Pero habrá que tener presente que en ellos los términos *injurias* y *calumnias* no tienen una significación exactamente igual á la que tienen entre nosotros, aunque contengan las definiciones algunos elementos comunes. A los términos *calumnias   injurias*, se agrega en algunos códigos el de *difamación*.

En la ley belga, por ejemplo, lo que distingue esencialmente la injuria de la calumnia y la difamación, es siempre la *ausencia de precisión* en la imputación: "La calumnia y la difamación son la imputación de *un hecho* preciso, determinado, contra una persona, de modo que

(1) Artículos 467 y 471.

pueda ofender su honor; *injuriar* es ofender á una persona por *actos ó expresiones más ó menos vagas*, que en la opinión común ofenden el honor ó la consideración de las personas" (1).

722. Imputar un *hecho* á una persona es *afirmar* que es autor de él, pero afirmarlo de una manera precisa, concreta y determinada. Mientras la frase pueda ser simplemente alusiva ó dubitativa, no habrá imputación. Se tratará de una injuria ó de una calumnia encubierta á la que corresponderá la aplicación del artículo 183.

El Tribunal Supremo de España ha declarado repetidas veces que si las frases y conceptos dirigidos por una persona contra otra, no envuelven la imputación de un hecho concreto acerca del cual fuera posible proceder de oficio, esas frases y conceptos no pueden ser calificados de calumnia, por más que pudieran serlo de injurias. Para la calificación de calumnia no bastan frases ni denominaciones vagas ó genéricas, sino que es indispensable que se especifique el hecho y se designe la persona á quien se hace la imputación (2).

En este sentido se ha resuelto que las frases *ladrón y monedero falso* son ofensivas al honor, pero no envuelven la imputación de un hecho determinado (3).

723. Consecuencia del principio expuesto es que la afirmación se refiera á un hecho ejecutado ó en ejecu-

(1) NYPELS, *Code pénal interprété*, tomo 2º, página 605.

(2) PANTOJA, *Jurisprudencia criminal*, apéndice 3º, páginas 71, 72, 73, etc.

(3) *Fallos de las Cámaras de Apelaciones en lo criminal* de la Capital federal, tomo 3º, página 192; PANTOJA, apéndice 5º á la *Jurisprudencia criminal*, páginas 163 y 700.

ción. Un hecho que se asegure se realizará no constituye una imputación calumniosa, porque no es procedente la acusación preventiva del Ministerio fiscal.

724. Otra condición esencial al delito de calumnia es la de que el hecho concreto y preciso que se imputa constituya *un delito acusable por el Ministerio fiscal, ó cometido por empleado público en ejercicio de sus funciones.*

725. En la jurisprudencia española ha tenido que resolverse si cabía calificar de *calumnia* la falsa imputación del delito de violación. La negativa se imponía allí inmediatamente por el texto del artículo 467. La violación no es un delito de los que dan lugar á un procedimiento de oficio, "ya que para proceder por dicho delito es requisito indispensable la denuncia privada; y si bien con sólo proponerla, sin formalizar instancia, se sustancia la causa por la acción de la justicia, siempre resulta que los tribunales no pueden proceder de oficio por aquel delito, como por los demás de la clase de públicos, doctrina confirmada en el artículo 463, al disponer que en todos los casos el perdón expreso ó presunto de la parte ofendida extingue la acción penal ó la pena si ya se hubiere impuesto al culpable, lo que no puede tener lugar en ningún delito público" (1).

Aunque nuestro artículo 177 no ha usado los términos *delito de los que dan lugar á procedimiento de oficio*, ni prescribe nuestra ley que el perdón de la ofendida extinga la acción pública, creo que procedería la misma aplicación,

(1) Sentencia de 21 de Diciembre de 1872, en VIADA, *Código penal reformado*, página 601.

siempre que no se imputara la violación de impúber que no tenga padres ni guardador, ó que se imputara violación ó estupro cometido por ascendiente, tutor ó persona encargada de la guarda de una menor, casos en los cuales mantiene la ley la acción pública y el procedimiento de oficio (1).

726. Imputar un delito al criminal que lo ha cometido, lejos de ser una acción vituperable, puede ser de gran beneficio para la sociedad. De aquí que solamente la imputación *falsa* pueda importar calumnia, y en consecuencia de este requisito, que sea procedente siempre la admisión de la prueba del hecho imputado, toda vez que sea indudable que éste constituirá un delito acusable por el Ministerio fiscal ; y que quede libre el autor de la imputación, si la probare.

727. Para que sea procedente la calificación de *calumnia* deben concurrir las tres circunstancias que dejo expuestas, y que resultan de los términos del artículo 177. Así, tratándose de la imputación de un delito cierto, que ya hubiera sido juzgado y en que la sentencia definitiva hubiera sido absolutoria, no procedería la calificación de calumnia sino la de injurias. Si alguien imputa á otro, como homicidio alevoso, el que una sentencia irrevocable ha declarado no ser tal, sino un acto de legítima defensa, se trataría de delito que *no tiene obligación* de acusar el Ministerio fiscal, porque no puede volverse contra la cosa juzgada ; aunque la condición de *falsedad* de la imputación fuera manifiesta por la misma autoridad de la cosa juzgada.

(1) Artículo 141.

Esta conclusión que deriva del texto de la ley tiene un fundamento racional y justo. El que imputa á otro un delito que no ha sido juzgado, llama sobre el imputado la acción de la justicia y le entrega á la desconfianza y al desprecio de las gentes, en tanto que no puede en ningún caso producirse un daño de esta especie al que está bajo el amparo de una justificación definitiva de su inocencia.

No valdría contra este razonamiento la argumentación de que, no habiendo sido el autor de la imputación parte en el juicio sobre el delito imputado, no existiera contra él la cosa juzgada y debiera ser admitido á probar la verdad de la imputación. En lo criminal la cosa juzgada sobre delito en que es procedente la acción pública, vale contra *todos*, porque *todos* están representados en el juicio por el ministerio público.

728. La injuria se comete siempre que, fuera de las condiciones en que procedería la calificación de calumnia, se deshonra, desacredita ó menosprecia á otro por medio de palabras ó escritos, ó por medio de hechos ó acciones que no pueden importar otro delito más grave.

La responsabilidad por la injuria no depende de que sea ó no cierto el hecho imputado del que resulte deshonra, descrédito ó menosprecio de otro. La prueba en las causas de injuria, al contrario de lo que ocurre en las de calumnia, no podrá versar jamás sobre la verdad de las aseveraciones del injuriante.

Se comprende la razón de esta solución. Si la ley ha declarado que no hay ningún interés social en perseguir al autor de tal ó cual hecho, de modo que no confió su

investigación al Ministerio público, si la sociedad no se interesa en saber si es cierta tal condición ó vicio que puede tener una persona, el delito del injuriante queda perfectamente consumado con la mera imputación del hecho que él debió callar.

729. No todas las injurias pueden presentar los mismos caracteres de gravedad; más aún, la gravedad de dos injurias objetivamente iguales varía según la clase y condición del sujeto que la infiere y la del que la recibe.

Resultaría imposible, en consecuencia de esta consideración, que la ley determinara con exactitud la distinta gravedad de las injurias; y queda confiado á la jurisprudencia ir fijando el sentido de las distinciones legales entre injurias graves y leves, lo mismo que determinar si tales ó cuales expresiones son ó no injuriosas.

Así, el Tribunal Supremo de España ha formado con sus numerosas decisiones una jurisprudencia que merecerá la mayor atención cuando se trate de aplicar nuestra ley, que, como he recordado ya, guarda perfecta analogía con la española.

He aquí alguna de sus decisiones :

“ Las opiniones personales emitidas en cumplimiento de un deber, en el desempeño de un cargo ó en otra cualquiera forma que excluya el propósito gratuito y la intención deliberada de menospreciar ó deshonestar, no pueden reputarse injuriosas; y en este concepto, si el individuo de una asociación establecida legalmente, usando del derecho y aún el deber que conforme á los reglamentos tenía de emitir su opinión respecto de los candidatos que solicitaban su ingreso en aquélla, manifestó que dos sujetos que solicitaban su ingreso no eran

dignos de pertenecer á la misma, este acto no reúne ni por la forma ni por la ocasión en que se hizo los caracteres de la injuria, á menos que se demuestre que hubo el propósito de inferirla.

“ La calificación de un acto no puede menos de trascender al que lo ejecuta, y su calificación injuriosa afecta personalmente á éste, infiriendo al que la produce la responsabilidad criminal consiguiente á todo acto penado por la ley y voluntariamente ejecutado.

“ Para poder apreciar con exactitud y acierto si las palabras proferidas por una persona con relación á otra constituyen ó no delito de injuria, no sólo hay que atender y fijarse en el sentido gramatical y acepción de ellas, sino que es necesario también tomar en cuenta los antecedentes que las motivaron, el lugar, la ocasión y aún las circunstancias que concurrieron en el hecho, porque así únicamente se puede llegar á conocer la intención del que las profiere. ”

Y excuso presentar mayores ejemplos de los que se encontrará, y abundantísimos, en el *Repertorio* de Pantoja.

730. Nuestro Código ha dividido las injurias en *graves* y *leves*, determinando como el español, con más ó menos precisión, los caracteres que distinguen las injurias *graves*, y llamando leves á todas las que no los presenten.

Son injurias graves : 1ª la imputación de un delito cuya acusación no corresponde al Ministerio fiscal ó no dé lugar á procedimiento de oficio, como las que consisten en imputar el delito de adulterio, el de calumnia, el de injuria, el de rapto, violación ó estupro, únicos en que no está autorizado el procedimiento de oficio; 2ª la im-

putación de un vicio ó falta de moralidad que pueda perjudicar considerablemente la fama, el crédito ó los intereses del agraviado; y como tales se ha estimado en la jurisprudencia española las de *miserable*, *que ofende su sólo nombre y sirve de vergüenza*, *libelista*, *matón*, la de “*calla tú, que todavía no me ha pegado mi padre por tapar ésta*” (señalando la barriga) dirigidas á una jóven soltera de intachable conducta; la de *alcahueta*, la de *ladrón*; la de *traidor*, dirigida en una reunión pública, etc.; 3^a las palabras, dichos ó acciones que importen falta de respeto á los padres y demás ascendientes, á los sacerdotes, maestros, superiores y personas constituidas en dignidad, lo que más propiamente legisla el código español en estos términos: “las que racionalmente merezcan la calificación de graves atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofensor y del ofendido”; 4^a las palabras, dichos ó acciones que en concepto público se tengan por afrentosas, como, según la misma jurisprudencia, las voces de *cochino*, *sin vergüenza*, y la acción de *escupir en la cara* á otra persona.

- **731.** He indicado que la ley castiga no solamente la calumnia y la injuria manifiestas sino también las equívocas ó encubiertas cuando el acusado rehuse dar en juicio explicaciones satisfactorias.

Lo que conviene observar de esta disposición es que las explicaciones satisfactorias sólo serán admitidas como eximentes cuando se trate de injurias ó calumnias *equivocas ó encubiertas*, y de ninguna manera bastarán cuando son éstas manifiestas. El Tribunal Supremo ha declarado también que no basta en estos casos expresar que no se tuvo intención de injuriar y que se retira

cualquier frase que pudiera parecer ó calificarse de injuriosa para eximirse de responsabilidad criminal.

732. El artículo 184 del Código dispone que “cuando la calumnia ó la injuria se hubiesen *propagado por medio de la prensa*, el juez ó tribunal ordenará, si lo pidiese el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos ó periódicos, y á costa del culpable, la sentencia ó satisfacción”.

A muchas y muy serias reflexiones puede prestarse este artículo, único en el Código que reconoce expresamente en la prensa un instrumento de ejecución de delitos.

Para sustraer á la prensa de la acción del Código Penal se ha pensado muchas veces que los delitos de imprenta eran de una naturaleza especial, *sui generis*, sustraída á la legislación penal ordinaria por un texto de la ley fundamental. Es por esto que en los proyectos anteriores se declaraba que el Código Penal no se aplicaba á los delitos de imprenta, declaración que no aparece en el Código actual.

Otros han visto en la prensa un instrumento de ejecución de delitos; pero admitiendo á la vez la posibilidad de delitos que sólo pueden cometerse por medio de la prensa, y sosteniendo que á éstos estaba reservada la legislación especial. Esta es la opinión del profesor de derecho, señor José Manuel Estrada.

A ella se aproxima ó casi identifica la que distingue en delitos comunes que pueden cometerse por medio de la prensa, y delitos de imprenta, de legislación especial. En este sentido la muy interesante monografía del profesor sustituto de la cátedra de derecho penal en la Facultad de la Capital, Dr. Osvaldo M. Piñero.

- Otros pensamos que científicamente la prensa es en todos los casos un instrumento de delito, esto es, negamos la existencia del delito de imprenta. Cualquiera infracción al orden moral, religioso, político ó privado, que podría ser cometida por la prensa, podría serlo sin la prensa. El mayor daño que podría resultar de la divulgación constituiría un motivo de agravación, ó aún de atenuación, según los casos y las circunstancias, como lo consigna el código español de 1870 (1), pero no cambiaría la naturaleza íntima de la infracción. Puede haber motivo para reconocer alguna excepción á las reglas de la complicidad en los delitos de imprenta, como la que establecen los artículos 12 y 14 del citado código español, pero es lo cierto que la naturaleza del delito no cambia por razón del medio empleado. Esta es también la opinión de Zanardelli, expresada en su *Relazione*, en que explica que no incluyó en su proyecto de código penal reglas relativas á la prensa para evitar dificultades “que hubieran retardado la aprobación del código, tocando las disposiciones de la ley de imprenta, que por su carácter está incluida entre las leyes fundamentales del reino, que constituyen un todo orgánico que hubiere sido peligroso modificar parcialmente en lo que se refiere sólo á las disposiciones penales.” (2)

733. Se ha creído también ver entre nosotros dificultades constitucionales para incluir en el Código Penal disposiciones relativas á la ejecución de delitos por medio de la imprenta.

(1) Artículo 101, inciso 5.

(2) *Relazione ministeriale*, § LXXV.

El artículo 14 de la Constitución nacional declara derecho de todo habitante de la Nación, conforme á la ley que reglamente su ejercicio, el de publicar sus ideas por la prensa, sin censura previa; y el artículo 32 prohíbe que el Congreso Federal dicte leyes que *restringan la libertad de imprenta*, ó establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

No veo en este texto inconveniente alguno á que el Código Penal comprenda en general, y contenga reglas especiales sobre la ejecución de delitos por medio de la imprenta. "Nadie se atreve á poner hoy en duda, decia el Procurador de la Nación⁽¹⁾, que por *no restringir la libertad de imprenta* se entiende otra cosa que no establecer sobre ella la censura ni restricciones previas."

No sé si hay alguien que dude ó no de esto; pero creo que no debe dudarse. No es restringir una libertad, poner trabas á un abuso. Abuso y libertad no son sinónimos. El ejercicio de la libertad no ofende el derecho de nadie. El abuso daña el derecho ajeno. Nuestra historia registra leyes restrictivas de la libertad de imprenta: la censura, el permiso previo, la caución, la prohibición de la libertad á los extranjeros, eran precedentes que debieron tenerse á la vista al declarar que no se restringiría la libertad de imprenta.

Comparando los textos de los artículos 14 y 32 de la Constitución nacional, se ve que la libertad de publicar las ideas por la prensa, es un derecho "sujeto á las leyes que reglamentan ese ejercicio", y que esa reglamen-

(1) Vista del Dr. Costa en el caso de Eliseo Acevedo, Redactor de *El Debate*.

tación no tiene otros límites que estos: no restringir la libertad de imprenta; no establecer sobre ella la jurisdicción federal. Tal como se ha entendido generalmente el artículo 32, esto es, como una limitación á las facultades del Congreso para legislar sobre imprenta, debiera reconocerse por argumento *a contrario* que la Constitución ha reservado á las Provincias el poder de *restringir la libertad de imprenta* con las leyes que reglamenten su ejercicio!

Lo que yo veo en el artículo 32 de la Constitución, que prohíbe al Congreso dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, es una facultad para dictar las que reglamenten su ejercicio, *sin restringirla*, y con exclusión de las Provincias.

734. Una cuestión á que puede dar lugar la aplicación del artículo 184 es la de saber si la reproducción en un periódico de un suelto publicado en otro, depresivo para la honra y crédito de una persona, hace responsable al autor de aquélla del delito de *injurias*.

Según el texto del artículo y la razón de la disposición creo indudable la afirmativa. El que reproduce una ofensa, la *propaga*, contribuye á su divulgación y agrava la lesión del derecho del ofendido, pudiendo causar en determinadas circunstancias un mal inmensamente mayor. ¿Cómo comparar, por ejemplo, el daño que infiere una injuria contenida en un pasquín de aldea, que sólo circule entre holgazanes y mentecatos, con la reproducción de la injuria en los diarios de gran circulación?

Con razón decía el Tribunal Supremo al pronunciarse en el mismo sentido: “no es la composición ó redacción

lo que la ley castiga, sino el hecho de la emisión ó pro-palación de ella, y puesto que el director del periódico, con plenitud de intención, ejecutó este hecho, por la naturaleza misma y objeto esencial de toda sanción penal, la circunstancia de ser un delito la exacta repetición de otro anteriormente cometido, no puede servir de exculpación al que ha realizado el último." (1)

735 Los artículos 185 y 186 se refieren al ejercicio de la acción ó á la extinción de la acción y de la pena en esta clase de delitos.

Estando vivo el ofendido, dice el primero, nadie sino él puede acusar por injuria ó calumnia. Si hubiese muerto, podrán hacerlo sus herederos forzosos.

La acción es, pues, exclusivamente privada. Pero el artículo debiera estar redactado en términos de que surgiera la posibilidad de que, cometido el delito contra un incapaz, se admitiera la acción del representante necesario. La Cámara de Apelaciones de la Capital Federal declaró en 14 de Setiembre de 1886, aceptando las conclusiones del Fiscal de las Cámaras Doctor Cortés, que, no obstante la redacción del artículo que me ocupa, el marido tiene acción para acusar por injurias hechas á su mujer; pero es preferible que en la aplicación de las leyes no sea necesario sustituir el texto legal por el espíritu de la ley.

736. Es propio de la acción privada que todas sus consecuencias desaparezcan á voluntad del actor. Por eso dispone el primer inciso del artículo 186, que el

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de España, de 8 de Noviembre 1882; PANTOJA, en *Jurisprudencia Criminal*, Apéndice 4º, página 309.

culpable de calumnia ó injuria contra un *particular* queda exento de pena, si lo perdona el ofendido.

El empleado público no puede dejar subsistente la duda sobre su conducta como tal, manifestando su magnanimidad con el ofensor.

737. Por el inciso 2º del mismo artículo se reconoce admisible la compensación en materia de injurias verbales y de escritas leves, en el mismo caso de un particular, si medió provocación. El contestar una injuria con otra es un acto de defensa propia, empleando los mismos medios que el ofensor. La provocación en este caso cambia su carácter general de circunstancia *atenuante*, por el de causa *eximente*.

738. También extingue la pena la retractación *pública*, sea de la injuria, sea de la calumnia cuando se haya inferido á un particular.

Se reconoció en todo tiempo que la palinodia del ofensor debía ser satisfacción suficiente del ofendido; efecto que no podría bastar con una retractación privada ó ante juez.

739. Las penas impuestas por la ley á estos delitos son: para la calumnia, la de prisión por uno á tres años; para la injuria grave, la de arresto por seis meses á un año y multa de cien á quinientos pesos; para la injuria leve, la de arresto por uno á tres meses y multa de diez á cien pesos; debiendo aplicarse el minimum de las penas de injuria ó calumnia, cuando estas fueren equívocas ó encubiertas.

CAPÍTULO XX

ROBOS Y HURTOS

(Artículos 187 á 195)

740. Indeterminación de los caracteres esenciales del robo y del hurto. — 741. Elementos de distinción adoptados en nuestro idioma. — 742. Aceptación del robo en la legislación general. — 743. Su aceptación en diversos idiomas. — 744. Aceptación extensa del lenguaje común. — 745. Método para determinar los caracteres comunes y las últimas diferencias del robo y del hurto. — 746. Elemento material del delito. Opinión de los juriscónsultos. — 747. Jurisprudencia francesa. — 748. Jurisprudencia en la Capital Federal. — 749. Jurisprudencia española. — 750. En el apoderamiento de la cosa puede verse el verdadero elemento material del delito. — 751. Hay robo consumado en el apoderamiento del recipiente con intención de robar el contenido. — 752. El robo y el hurto sólo pueden recaer en cosas muebles. — 753. Las cosas incorpóreas no pueden ser objeto de robo ni de hurto. — 754. La cosa sustraída debe ser *ajena*. Inteligencia de este término. — 755. Cosa de sucesión indivisa en que se tenga derecho. — 756. Cosas sin dueño y cosas abandonadas. — 757. Elemento intencional del delito. — 758. Calificaciones legales del *robo*. — 759. Robo con homicidio. — 760. Resoluciones contradictorias en la jurisprudencia española. — 761.

Quid del homicidio con propósito de ocultar el robo. — 762. Unidad de infracción en el robo con homicidio. Consecuencias. — 763. Robo con violencias en las personas, que causen peligro de muerte ó lesiones graves. — 764. Comparación de nuestra disposición y la del código español. — 765. Robo en despoblado y en banda ó complot. — 766. Robo en despoblado y con armas. — 767. Crítica á la disposición legal. — 768. Robo, en lugares poblados, en banda ó complot. — 769. Robo, hiriendo ó maltratando á una persona para que descubra, entregue ó no defienda la cosa. — 770. Otros robos con violencia en las personas. — 771. Robo con amenazas ó intimidación. — 772. Distinción entre las amenazas con propósito de lucro y las que tienen un propósito distinto. — 773. Observación común á los casos del artículo 189 y al último inciso del 188. — 774. Detención en rehenes para sacar rescate. — 775. Extorsión. — 776. Robo con simulación de autoridad. — 777. Robos sin violencia ni intimidación en las personas. — 778. Robo con escalamiento, etc. — 779. Con fractura de puerta ó ventana. — 780. Con ganzúas, llaves falsas, etc. — 781. Robo con auxilio de doméstico ó dependiente. — 782. Atenuante del valor de lo robado. — 783. Concurrencia de intimidación ó violencia en las personas y fuerza en las cosas. — 784. Disposiciones legales sobre el *hurto*. — 785. Falta una penalidad para el hurto en general. — 786. Criterio derivado del valor de lo hurtado. — 787. Delito de *robar* cadáveres para hacerse pagar su devolución. Crítica.

740. El Código no define el delito de *robo* ni determina de otra manera sus caracteres esenciales. Ciertas circunstancias de que se ocupan algunos artículos del capítulo respectivo no son características del delito, sino determinantes del criterio de su gravedad. La violencia ó intimidación que parecen distinguir principalmente el *robo* del *hurto*, que se caracterizaría por la sustracción

clandestina, son calificaciones del robo, pero éste puede existir sin ellas. Así sucederá, por ejemplo, en algunos de los casos del artículo 190, en los cuales no habrá violencia en las cosas ni en las personas. No la hay entrando por *via* que no está destinada á servir de entrada al edificio, como un balcón abierto, no la hay en el uso de llave falsa ó de la llave verdadera que se hubiera sustraído, no la hay cuando se ha seducido al doméstico ó dependiente de una casa para entrar en ella y consumir el robo. Habría, en cambio, violencia en el que *arrebata* una cosa de poder del que la lleva, y el caso sería castigado con las penas del hurto.

En consecuencia, si pueden castigarse como robos, hechos en que manifiestamente no concurren ni la violencia ó intimidación en las personas, ni la violencia en las cosas, si, por otra parte, la ley castiga como hurto, un hecho que ofrece el aspecto de la violencia, no podrá afirmarse que la violencia ni la sustracción clandestina sean elementos esencialmente distintivos de los delitos de robo y hurto.

741. Conviene, sin embargo, reconocer que el mejor criterio para distinguir en nuestro idioma los conceptos de *robo* y de *hurto*, sería el de la violencia en las personas ó la fuerza en las cosas, respecto del primero, y la clandestinidad de la sustracción para el segundo, cuidando, sin embargo, en la redacción de la ley de tener presente estos caracteres al distribuir bajo aquellas calificaciones los hechos penados.

En las antiguas leyes españolas la idea de clandestinidad era la que dominaba en la acepción legal del hurto: “malfetría que facen los omes que toman alguna cosa

mueble ajena *encubiertamente* sin placer de su señor, con intencion de ganar el señorío, ó la posesion ó el uso della" (1), en tanto que enumera tres maneras de robo, en que aparece la violencia en las personas ó en las cosas, á saber: "la primera es la que facen los almogavares é los cavalleros, *en tiempo de guerra*, en las cosas de los enemigos de la fe, la segunda quando alguno roba á otro lo suyo ó lo que *llevase* ajeno, en yermo ó en poblado non aviendo razon derecha por que lo fazer, la tercera es quando se *asciende*, ó se *derriba* ó se *ora* alguna casa é peligra alguna nave" etc. (2).

Por eso afirma con razón Pacheco que el *robo*, técnicamente hablando, ha sido siempre entre nosotros el apoderamiento por fuerza de cosas muebles ó semovientes, como el *hurto* ha sido el apoderamiento por astucia y á escondidas, como la *usurpación* es el apoderamiento de inmuebles ó de derechos (3).

Pero estas definiciones sólo alcanzan, como se verá después, á precisar distinciones entre estos delitos, no á enunciar los elementos sustanciales de cada uno de ellos.

742. En no definir el robo ha seguido nuestro Código el ejemplo del proyecto Tejedor, que á su vez imitó al código español de 1850. Pero en otros códigos, y aún en la reforma española de 1870, se ha creído indispensable la definición del delito. Así, en esta última, el artículo 515 declara "reos del delito de robo á los que, *con ánimo*

(1) Ley 1ª, título 14, Partida 7ª.

(2) Ley 1ª, título 13, Partida 7ª.

(3) PACHECO, *El código penal*, etc., tomo 3º, página 281.

de lucrarse, se apoderan de las cosas muebles ajenas con violencia ó intimidación en las personas ó empleando fuerza en las cosas". En el proyecto de código penal de los doctores Ugarriza, Villegas y García, se dió también una definición del robo: "el arrebato violento de una cosa mueble", definición que sólo convendría á la disposición del artículo 194 del Código. Según el código austriaco comete robo el que con ánimo de lucrarse toma las cosas muebles de otro sin el consentimiento de su poseedor. El código del Brasil define la acción, no el delito: robar es *quitar* valiéndose de violencia en las personas ó en las cosas. En el código alemán lo que llamaríamos *hurto* y *robo* se distinguen de esta manera: todo el que con intención de apropiárselo ilegalmente tome un objeto mueble perteneciente á otro, comete *robo sin violencia* en las personas (*diebstahl*); todo el que por medio de violencias, ó con amenaza de muerte ó heridas inmediata, quita ó arrebatara para apropiárselo ilegalmente un objeto mueble perteneciente á otro, comete robo con violencia en las personas (*raub*).

743. Otra dificultad para determinar la noción científica del robo y la del hurto resulta de que en otros idiomas las palabras que designan estos hechos no tienen en el lenguaje común ni en el legal exactamente la misma acepción. Así, por ejemplo, en la lengua francesa no hay dos palabras para expresar distintamente el robo y el hurto. La palabra genérica es *vol*, y se aplica en sentido limitado á lo que llamaríamos *hurto*. El código francés y el belga legislan luego sobre el *vol commis á l'aide de violences ou de menaces*. La noción del hurto que se deriva de nuestra ley tampoco concuerda exactamente

con la de *furto* que se usa en la ley italiana, no obstante la identidad de origen. Según el código italiano comete delito de *furto* el que se apodera de la cosa mueble ajena con ánimo de lucro (*per trarne profitto*) sacándola del lugar en que se encuentra, sin el consentimiento de aquel á quien pertenece. La violencia en las cosas no cambia allí la calificación del delito. La *rapina*, que en cierto modo equivale al *robo*, se comete por el que ejerce violencia ó amenaza á la persona *presente en el lugar del delito*, obligándola á entregar la cosa ó á soportar que se apoderen de ella.

744. No solamente en el lenguaje legal y en el científico la idea del robo no se halla precisada de una manera indudable, sino que el lenguaje común contribuye á la indecisión, aplicando la palabra robo en una acepción tan vasta que llega á comprender toda forma ilegítima de un lucro, aun fuera de todo límite á que sería posible que llegara la acción represiva de la ley.

745. Las consideraciones precedentes me ponen en el caso de intentar, por mi parte, la exposición de los elementos constitutivos de los delitos de robo y de hurto, de sus caracteres comunes y de sus últimas distinciones, en cuanto se refiera á la interpretación de nuestra ley.

Siguiendo el criterio de analizar el delito en sus elementos constitutivos, el *material* y el *moral*, para deducir de su resultante toda la imputabilidad, conviene investigar primero por qué hechos materiales quedará realizada esta parte externa del delito, y en seguida, mediante la concurrencia de qué intención quedará consumado el mismo.

746. En las definiciones precedentemente citadas se

caracteriza el elemento material del delito, con las voces de *tomar*, *quitar*, *apoderarse*, *sustraer*, *arrebat*, que tienen significaciones manifiestamente distintas. Es que la determinación del momento consumativo del robo, se presta á las mayores divergencias en la doctrina, y trae por consecuencia la diversidad en la legislación y en la jurisprudencia.

Los jurisconsultos modernos como los antiguos refieren la idea primordial del elemento material del *robo* á la *contrectatio* de los latinos. La palabra *contrectatio*, elegida por los romanos para designar el acto consumativo del hurto, significa trasladar ó mover de un sitio á otro una cosa (1), pero es lo cierto que tampoco podemos fijar con una palabra moderna el sentido preciso de aquélla. La palabra latina *contrectare*, dice Nypels, tiene una significación mucho más extensa que la palabra moderna *sustraer*: designa todos los actos que caracterizan la intención de hacerse considerar como propietario de una cosa, y de ahí las numerosas expresiones que se encuentran en las fuentes del derecho romano para designar los diversos matices de los actos constitutivos de una *contrectatio*: *amovere*, *attingere*, *attrectare*, *anferre*, *intercipere*, etc. (2).

747. En Francia, las discusiones han girado al rededor de la interpretación que debiera darse á la palabra *sustraction*, que se emplea por la ley, y la Corte de Casación ha resuelto con alguna regularidad que no hay lugar á la aplicación de las leyes penales sobre el robo,

(1) CARRARA, *Programma*, § 2018.

(2) NYPELS. *Code pénal belge interprété*, tomo 3º, página 6.

sino en tanto que la cosa quitada (*enlevée*) á otro, haya sido *sustratida*, es decir, *aprehendida* contra la voluntad del propietario, y que no hay robo, en el sentido legal, sino cuando la cosa objeto del delito *pasa de la posesión* del legítimo tenedor á la del autor del delito, ignorándolo el primero ó contra su voluntad, y por último, que es necesario que la cosa robada haya sido *aprehendida* por el ladrón y haya *salido de la posesión* del legítimo propietario (1).

748. No es, pues, de extrañar que cuando ha ocurrido en nuestra jurisprudencia una decisión sobre el momento consumativo del robo haya habido inseguridad y vacilación en el pronunciamiento.

Ciriaco Oribe y Santiago Pioli penetraron á la una de la noche en la casa comercial de Jouve hermanos, usando llaves falsas, se apoderaron de los géneros que intentaban llevarse, separando los de más valor, en atados ó montones que fueron arreglando sobre el mostrador. Por circunstancias independientes de su voluntad, no llevaron los objetos que habían separado.

Llevado este caso á la Cámara de Apelaciones de la Capital Federal, la minoría (doctores Benites y Bunge) calificó el hecho de delito de robo *consumado*. “El arrepentimiento del ladrón, decía el doctor Benites, no paraliza la acción penal ni exime de pena á su autor, ya porque los ladrones tendrían siempre recurso de decirse arrepentidos para quedar impunes, ya porque el arrepentimiento es de muy difícil prueba en este caso, por deber consistir en una mera abstención de robar de par-

(1) CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du code pénal*, número 1886.

te del agente; que puede reconocer otra causa; que si se admitiese la teoría de ser indispensable que el ladrón consiga llevarse la cosa robada quedaría impune siempre el robo flagrante ó manifiesto que las antiguas leyes castigaban con más rigor". El Doctor Bunge, agregaba: "El Código no exige la remoción del objeto sobre que recae la acción del agente para la consumación del robo, pues en ninguno de los artículos que á este delito se refieren se habla de *sustracción*. Pero la *sustracción* misma, en el sentido que le dá al tratar del hurto, no es la remoción. En efecto, al comentar la palabra *sustrayendo*, se dice en la nota del proyecto que el carácter esencial del hurto es la *intención de hacer* suya la cosa, que está manifestamente revelada en los autos, y más adelante dice: la *sustracción* es el acto material de apoderarse de un objeto, sin agregar que sea necesaria su remoción, evidenciándose su espíritu al sentar que este acto se ejerce sobre un objeto que está en poder del dueño... Aun cuando se admitiese que la remoción es esencial en el hurto, de aquí no podría inducirse que lo es en el robo. El hurto se caracteriza por el apoderamiento de la cosa ajena, mientras que el elemento principal del robo es la violencia." Para la mayoría de la Cámara no hubo sino tentativa próxima de robo, pero la misma mayoría estuvo dividida en cuanto á los fundamentos de esta solución. Los doctores Pardo y Peralta opinaron que había tentativa próxima de robo porque los autores llegaron al acto que debían realizar inmediata y directamente, amontonando los efectos que llevarían, sin conseguirlo porque la consumación del delito fué impedida mediante la intervención de la autoridad. "El robo es el apo-

deramiento de una cosa ajena contra la voluntad de su dueño, transportándola para aprovecharla". El doctor Barra manifestó que no aceptaba este razonamiento y que sobre el particular se refería á los fundamentos de la sentencia (de 1ª Instancia) que se ajustaban á los principios del derecho penal (1). Como se ve no hay nada terminantemente decisivo en la solución dada por la Cámara de la Capital Federal.

749. En la jurisprudencia española se contienen numerosas decisiones por las que, fijando el verdadero alcance de los términos del artículo 515 del código español, han sido calificados de delitos consumados hechos análogos al de la decisión de nuestro Tribunal de que doy cuenta en el número precedente. Se ha declarado allí que no se opone á la calificación de hurto consumado la circunstancia de que el ratero arrojó al suelo el objeto tomado al sorprenderle en el acto su dueño; que hay delito consumado cuando el ladrón es sorprendido al bajar la escalera de la casa en que ha cometido el robo, antes de salir á la calle, llevando los efectos robados; que lo hay cuando, habiéndose apoderado ya de los efectos robados en una casa, se sale de la habitación de donde los tomó ocultándose en otra contigua de la misma casa; y aun que hay robo consumado cuando el ladrón es sorprendido en el momento en que se apoderó del objeto y sin salir de la habitación en que lo tomó. El Tribunal Supremo ha declarado que la consumación jurídica del delito de robo tiene lugar con el apoderamiento voluntario y malicioso de la cosa mueble ajena,

(1) *Jurisprudencia comercial y criminal*, título 2º, página 204.

el cual se realiza con la ocupación material, por cuyo medio el agente la pone bajo de su poder en situación de disponer de ella en el acto, sin que constituya elemento esencial del robo, llevado así á su último grado de ejecución el disfrute ó aprovechamiento de la cosa sustraída, ni su tenencia por tiempo determinado; y que habiendo el procesado ocupado materialmente el objeto desde que le sacó del lugar en que se encontraba, y *le tomó en sus manos* con ánimo de hacerle suyo, ejecutó todos los actos constitutivos del delito y se produjo éste, frustrándose solamente el aprovechamiento á que sin duda tendía el culpable, lo cual como hecho posterior al delito no le integra ni importa á su cabal consumación (1).

750. Estas decisiones de la jurisprudencia española contienen á mi juicio la verdadera noción del elemento material del delito. El derecho afectado por este género de delitos es la propiedad, pero no como tal en toda su integridad, sino solamente en uno de sus elementos ó consecuencias: la posesión. La propiedad es por su naturaleza jurídica un derecho que no se adquiere ni se pierde sino por medios legítimos. Es anti-jurídico hablar de una pérdida ó adquisición del derecho de propiedad por medio del robo ó del hurto. Luego el elemento material de estos delitos debe considerarse sólo bajo este punto de vista: el estado jurídico que altera ó perturba. Son eminentemente delitos contra la posesión de las cosas muebles, y sólo por hábito de lenguaje ó por consecuencia del principio de que tratándose de muebles la pose-

(1) VIADA, *Código penal reformado de 1870*, suplemento segundo, página 12.

sión hace presumir el título, es que puede llamárseles y se les llama en todos los códigos delitos contra la propiedad. Considerándose, pues, que el único hecho jurídico que puede ser afectado es la posesión, se induce necesariamente que toda vez que esta posesión sea interrumpida, aunque momentáneamente, se tendrá la consumación del hecho que engendra imputabilidad penal. Para precisar esta perturbación de la posesión conviene la idea de *apoderamiento* que el artículo citado del código español introduce como primer término de la definición. El *apoderamiento* es la posesión que se toma interrumpiendo ó suprimiendo en el mismo instante la posesión ajena y es con él que queda totalmente violado el derecho del poseedor legítimo.

751. En la práctica será posible encontrar casos en que puede parecer dudosa la aplicación de los principios que acabo de exponer. Entre otros, es posible que se vacile en saber si cuando es manifiesta la intención de apoderarse del contenido de un cofre ó recipiente cerrado y no del continente, deberá reputarse consumado el delito desde que exista el *apoderamiento* del cofre y aún antes que éste haya sido abierto por el autor del hecho. En mi práctica he juzgado que constituía delito consumado de robo la sustracción de la caja de fierro de la Receptoría de Rentas del pueblo del Bragado y su traslación á cierta distancia, sin que los ladrones consiguieran abrirla para apoderarse de los valores contenidos en ella, que era lo que constituía su propósito final. En este caso se sostuvo por la defensa que sólo era procedente la calificación de tentativa, por cuanto los agentes del hecho no se habían apoderado de los valores con-

tenidos en la caja; pero creí manifiesto que estaba perfectamente consumada la turbación de la posesión legítima y realizado el apoderamiento del contenido, desde que era por el momento inseparable del continente, y seguía su situación. Así lo resuelve también el artículo 525, inciso 5º, del código penal español, habiendo declarado en su aplicación el Tribunal Supremo que el delito queda consumado desde que tales objetos se sacan maliciosamente del sitio en que se encuentran, cualquiera que sea el de su fractura, y *aun cuando ésta no se realice* (1).

752. El segundo elemento de la noción del robo y del hurto, es de que el objeto en que recaiga el apoderamiento sea mueble. El apoderamiento de las cosas inmuebles constituye una especialidad de los *delitos contra la propiedad*, bajo el título de *usurpación*.

Aun cuando no puede ser objeto de robo ó hurto el inmueble mismo, puede serlo cualquiera de sus porciones que se desprenda de él, y que se convierte por la separación en cosa mueble. No debe juzgarse, pues, que constituya un simple daño, el robo de espuelas de arena ó greda que forman parte integrante de un campo (2).

753. Las cosas incorpóreas no son tampoco susceptibles de aprehensión ó apoderamiento, por lo que no pueden ser sustraídas; pero si bien no se puede sustraer un derecho, el documento escrito que constituye el título de este derecho es una cosa corporal susceptible de sustracción. Así el deudor que sustrae fraudulentamente un documento privado en que ha reconocido un crédito,

(1) PANTOJA, *Jurisprudencia criminal*, apéndice 5º, página 1077.

(2) CARAVANTES, *Revista de legislación y jurisprudencia*, tomo 51, página 436.

no verifica la sustracción del crédito sino la del documento, que es una cosa corporal (1).

754. La cosa sustraída debe ser *ajena*. Esta palabra de la definición, dice Carrara, no reproduce con suficiente claridad el concepto que quiere designar. Sirve para expresar más bien una idea negativa que una idea positiva. No quiere significar que no pueda quejarse del hurto quien pruebe ser dueño de lo quitado, sino que el ladrón no debe ser *poseedor* de la cosa (2).

De esto último surge la consecuencia de que procede aún la calificación de robo en la sustracción en la cosa que el propietario haya dado en arrendamiento. En un caso en que el propietario de un huerto cercado de pared, y dado en arrendamiento, se introdujo por la noche á sacar legumbres, la Corte de Bruselas declaró que la excepción de propiedad, opuesta por el acusado, no presentaba sino una excepción incidental para disculparse, y la rechazó (3).

755. La calidad expresada de ser *ajena* la cosa sustraída, es también una condición común del robo y del hurto.

- Tratándose de objetos en que el autor de la sustracción tuviera algún derecho como coheredero ó socio, sea que la sustracción presentara las circunstancias agravantes que caracterizan el robo, como el uso de una llave falsa, sea que sólo se tratara de una sustracción clandestina, se ha dudado y discutido sobre la calificación que corresponde al hecho (4).

(1) CARAVANTES, ib.

(2) *Programma*, § 2030.

(3) NYPELS, *Code pénal interprété*, tomo 3º, página 53.

(4) Véase esta discusión en NYPELS, ib., página 55.

Que en nuestra ley la responsabilidad por robo ó hurto en el apoderamiento doloso de los objetos de una sucesión indivisa, sea imputable, resulta indudablemente de la disposición del inciso segundo del artículo 223, según la cual sólo está excepcionalmente exento de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por hurtos, defraudaciones ó daños, el consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia del difunto cónyuge, mientras no hayan pasado á poder de otro.

En cuanto á los co-asociados la ley no autoriza excepción alguna.

756. De la condición de que la cosa sea ajena resulta también que no podrá imputarse el delito de robo tratándose de cosas sin dueño y de cosas abandonadas (*res nullius, res derelictæ*), porque no hallándose estas cosas poseídas por nadie no hay en su apoderamiento turbación de una posesión.

Con este motivo se suscita en la doctrina la cuestión de saber si debe considerarse cometido el delito de robo en el apoderamiento de las cosas que fueron arrojadas al mar por necesidad de aligerar la nave. Respecto de las cosas arrojadas al mar, dice Carrara, algunos sostienen que es manifiesta la voluntad del propietario de abandonarlas: que si bien es una voluntad constreñida por la fuerza mayor, es siempre la voluntad de renunciar al dominio y á la posesión, deducida de la echazón efectiva de las cosas, pero él opina con otros autores que debe siempre presumirse en la echazón la esperanza de recuperar la cosa (1). La cuestión debe resolverse entre

(1) *Programma*, § 2032.

nosotros por la disposición del artículo 2343 del Código Civil, que declara cuales son las cosas susceptibles de apropiación privada, y entre las arrojadas por el mar las que no presenten signos de un dominio anterior.

757. En cuanto al elemento intencional del robo y que debe concurrir para esta calificación con el apoderamiento de cosas muebles ajenas, consiste no solamente en la voluntad con que se haya ejecutado el hecho que turba la posesión legítima, sino también en un propósito especial á que se dirige la intención: el ánimo de lucrarse. Esta circunstancia, conforme con la doctrina del derecho romano, del derecho español y del italiano, parece no ser aceptada completamente en Francia y en Bélgica. Allí el elemento moral del delito de robo ó hurto (*vol*) es el fraude: basta que la sustracción haya sido fraudulenta para que se tenga por completo el delito en sus elementos sustanciales. El robo de una cosa por espíritu de venganza y con el único propósito de destruirla aún á la vista del propietario ha sido calificado de robo, no obstante que la sustracción de la cosa ajena con el propósito del lucro ha sido siempre considerada como un acto vil, infame y temible por la facilidad de reproducirse, mientras que el arrebató de una cosa por espíritu de venganza no sugiere de ninguna manera sentimientos de esta naturaleza y es poco temible, á consecuencia de que rara vez se presenta. Chauveau y Hélie aseguran que la restricción de la ley romana no ha sido reproducida en el código francés, pues basta que exista en la intención que dirige al agente un solo carácter, el fraude, por lo que siempre que la sustracción tenga lugar frau-

dulentemente hay robo, sea que el autor de la sustracción haya querido apropiarse el objeto sustraído, sea que sólo se propusiera privar de él al propietario. En la sanción del código penal belga predominó decididamente la misma doctrina. Resulta por otra parte, decía el informe de la Comisión, de la naturaleza misma de las cosas que cuando la sustracción tiene por móvil el deseo de dañar es esencialmente fraudulenta; que es fuera de duda que, sustraer una cosa para consumirla inmediatamente, para darla ó para hacer con ella una limosna es obrar fraudulentamente, porque es apropiarse los beneficios de la propiedad de la cosa; y que si esto es así, no puede admitirse que el hecho de quitar un objeto mueble y perjudicar de esta manera al propietario no sea un acto fraudulento. Pero Nypels, rebelándose contra esta doctrina admitida con tanta generalidad en Bélgica y Francia, replica que si tal es la ley, está en oposición formal con el sentimiento popular, pues jamás se hará entrar en el espíritu del pueblo que dos hechos cuya moralidad difiere esencialmente deban recibir la misma calificación, y que distinguirá en todo tiempo lo que es vil é infame y lo que no lo es (1).

758. Mediando la concurrencia de los elementos materiales y morales de que acabo de ocuparme, el Código consigna para casos determinados las otras circunstancias por las cuales procederá la calificación de robo. La primera forma de robo de que se ocupa la ley es el que se ejecuta con violencia ó intimidación *en las personas*.

(1) NYPELS, ib., página 35.

Diversas circunstancias especialmente determinadas fijan distintas medidas de pena. Así, se castiga con presidio por tiempo indeterminado, ó por diez á quince años: 1º si con motivo ú ocasión del robo resultase un homicidio; 2º si se pone en peligro de muerte á una persona por violencias ejercidas en ella, si se le infiere una herida mortal, si se la mutila, si su salud es alterada permanentemente é incurablemente, ó si ha habido violación; 3º si el robo se comete en despoblado y en banda ó complot.

La pena es de seis años á diez años de presidio: 1º si se comete el robo en despoblado y con armas; 2º si se comete en lugares poblados, en banda ó complot; y 3º si se hiere ó maltrata á una persona para que descubra entregue ó no defienda la cosa que se intenta robar. Es de tres á seis años de presidio: 1º cuando se amenaza ó intimida á una persona para que descubra, entregue ó no defienda la cosa que se intenta robar; 2º cuando se detiene en rehenes á una persona para sacar rescate; 3º cuando se obliga por violencia á firmar un documento de obligación ó cancelación; 4º cuando se simula autenticidad pública.

Cada una de estas disposiciones requiere ser estudiada separadamente.

759. “Si con motivo ú ocasión del robo resultase un homicidio.”

Es esta una de las distinciones del código español, redactada con los mismos términos. El código Tejedor veía en esto una concurrencia de delitos, y la legislaba como tal: si con motivo ú ocasión del *hurto* resultaba homicidio, mutilación de miembros, lesión grave ó al-

gún delito contra la honestidad, debía imponerse la pena correspondiente al delito más grave.

En el caso de la ley se trata de un delito determinado y resuelto de antemano, el de robo, y de otro delito *inidental*, en que quizás no hayan pensado ó que no tengan resuelto ejecutar los ladrones, el de homicidio. Si el homicidio es resuelto de antemano como *medio* de ejecutar el robo, habrá que atenerse, para la imposición de la pena, á la gravedad del mayor, que puede ser el de homicidio con pena de muerte.

760. No obstante la claridad del texto, hay respecto de su aplicación resoluciones contradictorias en la jurisprudencia española. Por sentencia de 13 de Julio de 1880 el Tribunal Supremo declaró doble delito de asesinato y robo, ejecutado el primero como medio de perpetrar el segundo, el cometido "cuando los malhechores forman acuerdo de robar y matar á una persona, y al efecto, cogiéndola desprevenida en una casa donde se hallaba de visita, y cuyo dueño estaba con ellos convenido, échanla al cuello un cordel con el cual la estrangulan, la sacan después del bolsillo la llave de su habitación, y algunas horas más tarde se van á casa de la víctima, la que abren con la referida llave, y descerrajando un arca sustraen la ropa, etc." Con esta ocasión el Tribunal declaró que la muerte violenta de la víctima no ocurrió con *motivo ú ocasión* del robo, sino que éste fué consecuencia precisa de aquella, para lo cual se concertaron y convinieron entre sí los procesados, y por consiguiente su resolución no fué *improvisada*, y como un accidente casual del robo, sino reflexiva y meditada,

proponiéndose ejecutar en primer término, como necesario y principal el asesinato.

En otra ocasión, y poco después de aquella sentencia, (el 29 de Julio de 1880) el propio Tribunal Supremo, constituido en Sala de vacaciones, declaró que debía calificarse de robo con motivo ú ocasión del cual resultó homicidio, el que cometieron unos criados que se concertaron para *matar* á sus amos y *robarlos* después.

Pero más tarde se volvió á la buena doctrina establecida por la sentencia primeramente citada, declarándose que no puede apreciarse que constituya delito complejo de robo con ocasión del cual resulta homicidio, toda vez que la muerte precede al robo, y que éste es una incidencia de aquella (1).

761 ¿Qué deberá resolverse cuando el homicidio se cometiera inmediatamente después del robo con propósito de que éste no sea descubierto?

Este caso se presentó á la resolución de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, bajo la vigencia del código de Tejedor. Ramón Villalba concibió el propósito de robar á Donato Polito, y proveyéndose de un pedazo de sogá y de un cuchillo pequeño se dirigió á su casa y trató de amarrar á Polito; pero como éste se defendía dando voces y él tuviera miedo de ser sorprendido, le dió de puñaladas dejándole muerto. En 1ª instancia se calificó este hecho de asesinato alevoso sin premeditación; en 2ª se reconoció la existencia de un delito complejo que tenía una penalidad especial (la del

(1) Véase VIADA, *El código penal reformado de 1870*, suplemento 2º, página 352; suplemento 3º, página 362.

artículo 316 del código de Tejedor), y que conforme á ella debía ser castigado. La Corte, siguiendo el dictamen del Procurador General, doctor Isla, confirmó la calificación hecha en 1ª instancia, ligando el criterio de la especialidad del homicidio solamente al de la defensa que la víctima hiciera para impedir el robo, y juzgando que en el caso, el homicidio había sido consumado fuera de esta circunstancia, en razón de que Polito se encontraba ya imposibilitado de defensa por estar ligado cuando fué muerto.

Bueno es advertir que el artículo 316 del código Tejedor no contenía una disposición idéntica á la del artículo 187, inciso 1º, del Código, con la cuales análoga la del 325 de aquél, en cuya prescripción sin embargo el delito mayor, cualquiera que sea, absorbe la pena del delito menor.

La sanción que correspondería bajo la ley actual es distinta de la que dió la Corte. Basta por el texto nuevo que el homicidio se haya cometido con *motivo ú ocasión* del robo, sin distinguir que tuviera por propósito impedir la defensa de la cosa ó impedir el inmediato auxilio que pudiera traerse á la víctima.

Es por esto que también el Tribunal Supremo de España ha declarado que el que roba y luego mata al robado para que no le descubra, ejecuta la muerte *con motivo* del robo, siendo conexo un hecho con el otro y constituyendo un solo delito; y así se calificó también un hecho en que el ladrón habiendo subido á una ventana de la casa en que vivía un convecino, abriéndola, penetró en el interior de dicha casa, y después de haber registrado una arca en busca de dinero y roto otra en

que tomó alguna cantidad, como se despertara un niño de seis años que dormía á sus inmediaciones y le amenazara diciéndole que revelaría el hecho á su abuelo, aquél se dirigió al niño y con una navaja le infirió varias lesiones que le produjeron la muerte (1).

762. Una de las más importantes consecuencias de la disposición del artículo 87, inciso 1º, es que al hacer del robo con homicidio un delito complejo, establece por este mismo hecho la unidad de la infracción, unidad que es indivisible, aun cuando entre los diferentes autores de un mismo robo con homicidio fueran los unos ejecutores materiales del homicidio y los otros ejecutores del robo. La ley declara la existencia de un solo delito cuando, reuniendo en una sola disposición hechos que separados podrían tener penas distintas, aplica una sola. El juez no podría descomponer esta calificación considerando respecto de cada uno de sus elementos el hecho material ejecutado por cada uno de los responsables, en calidad de autores principales, sin violar con tal aplicación los propósitos de la ley; y en la jurisprudencia que he invocado sobre esta materia, se ha entendido invariablemente la unidad indivisible del robo y del homicidio en la disposición legal de que me ocupo.

763. El caso previsto en el 2º inciso del artículo 187 es el de que se ponga en peligro de muerte á una persona por las violencias ejercidas en ella ó se le infiera una herida mortal ó se la mutele ó se altere permanente é incurablemente su salud ó si ha habido violación.

(1) Véase PANTOJA, *Jurisprudencia criminal*, página 611, y Apéndice 5º, página 1101.

Esta disposición concuerda con la del número segundo del artículo 516 del código español de 1870 y con la del segundo del artículo 425 del de 1850; pero tanto en una como en otra concordancia, la mutilación á que se refieren es la causada *de propósito*, circunstancia que no apareciendo en manera alguna del texto de nuestra ley, no excluiría la calificación de este inciso, pudiéndose solamente tomar en cuenta la circunstancia de no haberse querido causar todo el mal producido cuando la mutilación no hubiera sido causada de propósito.

764. Los casos á que se refiere el inciso segundo de que trato presentan aparentemente un daño inferior al caso del inciso 1º. Considerándolo así, la ley española, que para el caso de robo con homicidio impone la pena de cadena perpetua ó muerte, castiga el segundo caso con la de cadena temporal en su grado medio á cadena perpetua. No lo dispone así nuestro Código, en que antes de enumerar los casos del artículo 87, dispone que serán castigados con presidio por tiempo indeterminado ó por diez á quince años. Cualquiera de estas dos medidas de pena puede aplicarse á cada uno de los casos de los tres incisos, ofreciendo así mayor latitud para poder proporcionar la pena en consideración á todas las circunstancias con que el hecho se haya producido. Encuentro por esto preferible nuestra disposición á la de la ley española. Un homicidio puede haberse perpetrado con ocasión del robo al sentirse el ladrón súbitamente sorprendido y por el natural impulso de la propia conservación. En este caso la gravedad moral del delito me parece menos odiosa que la de una mutilación causada de propósito ó una violación concurrente con un robo.

765. El inciso 3º equipara á los casos anteriores el delito de robo que se cometa en despoblado y en banda, ó complot. Así lo requería el inciso 3º del artículo 425 del código español de 1850, pero se requería además que se hubiera causado ciertas lesiones. En el nuevo código español la circunstancia de haberse cometido el robo en despoblado y en cuadrilla determina una circunstancia agravante en los casos anteriores, por la cual se deberá imponer el máximo de la pena.

La concurrencia de las dos expresadas circunstancias de cometerse el delito en despoblado y en banda ó complot, no bastan para igualar el delito al de los números anteriores. Por considerable que sea la violencia moral que resulte de las condiciones del lugar y del número de los delincuentes, nunca ofrecen un daño efectivo de tanta importancia como el de robo con homicidio, con violación, con mutilación. Podrá resultar en algunos casos relativamente excesiva la pena, como por ejemplo, cuando mediando un acto de intimidación de escasa entidad, se hubiera cometido por dos complotados y en despoblado un robo de insignificante valor, el de un sombrero, el de un pañuelo, etc. Más razonable, en consecuencia, aparecería la disposición si mantuviera aquellas dos circunstancias como motivo de agravación especial en los casos anteriores, sin constituir las en una calificación especial del robo.

766. Subsistiendo las mismas circunstancias de violencias é intimidación en las personas, que consigna el artículo 187, la pena baja á la de seis á diez años de presidio en los casos del artículo 188.

El primero de éstos es el del robo en despoblado y

con armas, siempre que no sea en banda ó complot. El código Tejedor contenía una disposición análoga: “ el que roba *empleando armas*, ó en despoblado ó camino público”, y según la nota del proyecto, su fundamento era el de que todos los legisladores habían considerado el uso y aun la simple posesión de armas como una circunstancia agravante de ciertos delitos, encontrándose, en efecto, en esta posesión un indicio de una intención más culpable que confiere á la acción un carácter más grave.

Los términos *con armas* de este inciso, ¿se referían al uso ó á la simple posesión de armas? En el código Tejedor no podía ocurrir esta duda ateniéndose al texto del inciso, porque decía *empleando* armas, aunque en la nota hiciera referencia á la mera posesión.

El artículo 521 del código español usa los mismos términos que el nuestro, pero es importante observar que tanto en el de 1850 como en el de 1870, el hecho de *llevar* ó no *armas* se tenía en cuenta en caso de robo con fuerza en las cosas, pues la “ circunstancia de llevar armas supone en los malhechores el propósito manifiesto de vencer cualquiera resistencia que pudiera oponérseles y hacer uso de ellas en caso necesario”.

Los términos *con armas*, en nuestro Código, parecen referirse como en el código español á la simple posesión de armas, aunque refiriéndose el inciso al robo con violencia ó intimidación en las personas, hubiera sido más acertado recordar que ni la intimidación ni la violencia pueden resultar del hecho de tener armas ocultas, siendo por tanto distinta la razón justificativa de esta disposición tratándose del robo con fuerza en las cosas. El

nuevo código italiano tiene en cuenta la circunstancia de estar armado el ladrón en el delito de rapiña -- cuando se comete con amenazas de la vida, á mano armada ó por varias personas, aunque haya una sola *ostensiblemente armada* " (1).

767. La observación que acabo de hacer contra la circunstancia especial de agravación derivada de la mera posesión de armas, cuenta con la autorizada opinión de Carrara. Cuando la violencia se ejerció realmente, dice este eminente escritor, el uso de arma podrá constituir una agravante de la calificación. Cuando fué esgrimida será un elemento de violencia tácita, que podrá equipararse con la expresa : pero cuando el ladrón no hizo más que llevar el arma, sería muy aventurado querer derivar de esto un criterio de violencia. Es cierto que por haberse provisto de armas el ladrón da á sospechar un peligro que pueda correr el propietario en caso de sorpresa ; pero no puede admitirse la inducción de que si el ladrón llevara consigo un arma, tuviera forzosamente ánimo de ejercitar violencia. En primer lugar, no es aceptable el razonamiento que quiera comparar el ánimo de usar violencia con la violencia misma, asimilando en tal manera la mera intención, y aun la intención supuesta, al hecho material que sólo forma el objeto de las sanciones penales. Debe además distinguirse si el arma era tal que demostrara en el ladrón que se proveyó de ella un propósito determinado, ó si, al contrario, la llevaba consigo por hábito ó para uso necesario, como sucede frecuentemente con una escopeta ó con algún utensilio rústico;

(1) Artículo 408.

hay que distinguir si el hurto fuépreconcebido ó si nació de una ocasión imprevista, como en la hipótesis de un cazador que girando en busca de la presa ve una casa abierta, entra clandestinamente y toma en ella cualquier objeto ; en una palabra, pienso que la mera posesión de un arma no puede constituir una calificación constante del robo, fuera del concurso de otras circunstancias, sin grave peligro para la justicia (1).

768. Otra calificación es la del delito que se cometa en lugares poblados, en banda ó complot.

El lugar del delito determinaba con el artículo 187, inciso 3º, una circunstancia calificativa del robo : el de que se cometiera en lugar despoblado, por banda ó en complot. La disposición de que ahora se trata, relacionada directamente con aquélla, considera menos grave el delito cometido en lugar poblado. El criterio de estas distinciones deriva de la alarma que inspira el hecho con una ú otra circunstancia, reputándose mayor la que se produce en los lugares en que es menos posible el mutuo auxilio ó el socorro de la autoridad. De estos mismos motivos que fundan la disposición legal, podrá deducirse en algunos casos lo que deba entenderse por lugares poblados ó despoblados.

769. La tercera calificación del artículo 188 es la del caso de que se hiera ó maltrate á una persona para que descubra, entregue ó no defienda la cosa que se intenta robar.

Esta disposición se refiere al empleo de la violencia física en los casos en que no causa lesiones de tal entidad

(1) *Programma*, § 2123.

que no pueda comprenderse en la disposición del artículo 187. El mismo uso de la palabra *maltrato* me parece referido á la misma violencia física: la violencia moral consiste en la intimidación ó amenaza, y el caso está especialmente previsto en otro artículo.

770. En los casos del artículo 189 la pena descende á la de tres á seis años de penitenciaria, siendo la primera de las circunstancias previstas la de que se amenace ó intimide á una persona para que descubra, entregue ó no defienda la cosa que se intenta robar.

El artículo 437 del código español de 1850, que el proyecto Tejedor citaba como concordante á esta disposición, se refiere en general á los casos de robo con violencia ó intimidación *graves*.

771. Las amenazas ó intimidación de que se habla en este punto son las que se ejercen, obligando á la víctima á la *inmediata* ejecución de lo que se exige. No debe olvidarse que en el artículo 168 la ley castiga bajo el título de *amenazas*, la que se hiciere exigiendo una suma de dinero ó la ejecución ó inexecución de un hecho, distinguiéndose el caso de que se hubiera conseguido ó no el propósito. Ahora se habla también de amenazas ó intimidación. “ La razón de la diferencia sólo puede encontrarse en que, cuando el mal con que se amenaza es inminente y el apoderamiento *contemporáneo* al mismo, es siempre inevitable: es preciso dar ó sufrirlo. En cambio, cuando el mal es *futuro*, ó futura la pérdida de la propiedad, hay un intervalo de tiempo que deja la posibilidad de evitar el mal sin perder la cosa (1).

(1) CARRARA, *ib.*, §§ 2128 y 2129.

772. Se ha visto por este motivo, en nuestra ley, que la amenaza exigiendo una suma de dinero ó cualquiera otra cosa, constituía un delito contra las garantías individuales (de seguridad y de libertad), teniéndose como criterio de gravedad del delito el logro ó fracaso del propósito, no obstante que debía prevalecer para la calificación respectiva el *fin* del delito, si fuera un atentado á la propiedad inspirado por el ánimo del lucro. Exigir con intimidación á una persona, que vaya ó no vaya á alguna parte, que preste ó no una declaración, que se case ó no se case, es un delito que lesiona solamente la libertad individual; pero la amenaza para llegar al apoderamiento de una suma de dinero, ú otra cosa de que pueda lucrarse, no es más que un delito *medio*, que debiera absorber el delito *fin*. Es, pues, en mi opinión, más exacta la doctrina del código belga y del italiano, que ven en la *extorsión* una variedad de los delitos contra la propiedad.

773. Antes de avanzar en la exposición de los casos del artículo 189, conviene consignar una observación común á todos ellos, y al último inciso del artículo 188, y es la de que en éste y en el primero del 189 puede aparecer la *tentativa* del robo equiparada al delito mismo. Cuando se supone el caso de que se amenace ó intimide á una persona *para que* descubra, entregue ó no defienda la cosa que se *intenta* robar; cuando se habla de que se detenga á una persona en rehenes *para sacar* rescate, ó se dice que se la obligue por violencia á firmar un documento de obligación ó cancelación, parece manifiesto que el delito quedará consumado con haberse llenado las condiciones que prevén estas prescripciones legales.

Si se quería que rigiera gramaticalmente para estas disposiciones la frase *el culpable de robo* con que comienza el capítulo, la redacción de este artículo sería distinta. Los artículos 425 del código español de 1850 y 420 del napolitano, que citaba el proyecto Tejedor, usan formas de las cuales no resulta cuestión sobre el punto que examino; el primero decía: “ó el *robado* fuese detenido bajo rescate por más de un día”, y el segundo: “el reo de *robo* con secuestro de personas”. En cambio el artículo 171 del código austriaco, castiga como delito de rapiña la violencia material sobre una persona, *aunque no hubiese tenido efecto la rapiña*, y el nuevo código italiano castiga el secuestro de una persona para obtener de ella ó de otros como precio de la liberación, dinero, cosas ú obligaciones á favor propio ó de terceros *aunque no llegue á realizar su intento*.

¿Habrá aceptado nuestra ley esta doctrina, ó se tratará simplemente de una ambigüedad en la redacción? Me inclino á pensar lo último. Los artículos corresponden al título *de los delitos contra la propiedad particular*, y determinan los diversos grados de pena que corresponde aplicar según las circunstancias expresadas en ellos, á continuación del período con que se encabeza el artículo 187: “el *culpable de robo* con violencia ó intimidación en las personas”. Quizás no debiera estimarse que esta oración rige los casos discutidos, porque tomando separadamente las ideas que expresan aparece una manifiesta oposición; pero me parece terminante el argumento de que mientras no se ha realizado el *apoderamiento* de la cosa, mientras el poseedor legítimo no ha perdido la tenencia de ella, el hecho no sale de los

límites de la tentativa. Si la ley quiso equiparar excepcionalmente la tentativa al delito consumado, debió expresarlo con toda claridad, como los códigos austriaco é italiano citados.

774. Constituye otro caso del artículo 189 el de que se detenga á una persona en rehenes para sacar rescate.

Aquí también aparece en el medio de ejecución del robo, una entidad jurídica perfecta que constituye por si misma un delito castigado bajo una calificación especial: detención privada. Pero no hay motivo para confundir el delito *medio* con el delito *fin*, como aparecía en el caso de las amenazas. En el capítulo de la detención privada no se hace referencia al fin del delito. Cuando este fin comprende á otro delito, el título de detención desaparece.

775. El tercer inciso del artículo 189 prevé el caso en que se obligue con violencia ó intimidación á firmar un documento de obligación ó de cancelación.

Es á este delito que se aplica con mayor exactitud en los códigos extranjeros la denominación de extorsión. El atentado á la propiedad existe aquí en el apoderamiento del título. La creación de un título de obligación, ó su extinción por medio de un documento cancelatorio, causa una modificación manifiesta en el derecho de propiedad; y es quizás en esta especialidad en que puede verse más bien que el atentado á la posesión que caracteriza todos los otros casos, el ataque al derecho mismo de propiedad.

El delito se perfecciona, no por el hecho de obligar á la persona á la firma del documento, sino con la firma misma, de acuerdo ó conforme á la interpretación que he

*Intervención
Nueva?
le 4 -*

consignado en números anteriores. "La extorsión es un robo, dicen Chaveau y Hélie, es decir un atentado contra la propiedad, y síguese de ello que el delito no existe sino en tanto que el escrito *firmado* contenga ú opere obligación, disposición ó descargo."

Pero no es esto motivo de discusión en la doctrina y en la jurisprudencia. Mayor dificultad ha suscitado el caso de saber qué debe resolverse cuando se obtiene la firma, no de un documento, obligación ó cancelación, sino una firma en blanco. Una firma obtenida por violencia, dice Nypels, ¿no está siempre destinada á ser completada por su adaptación á un escrito que contenga obligación ó descargo? ¿No depende acaso por entero de la voluntad del agente completar el escrito en cualquier momento y crear así la obligación de su víctima? ¿No es el caso de repetir, con Merlin, que procurarse con violencia un título que en cualquier momento puede hacerse obligatorio es evidentemente lo mismo que procurarse por violencia el título que contenga obligación? (1).

No acepto en manera alguna estas conclusiones en razón de que rechazo el hecho de erigir en delito consumado la mera presunción. En la aplicación de nuestra ley, y expresándose por el texto que el documento debe ser de obligación ó de cancelación, no habría delito consumado de robo mientras la cancelación ú obligación no estuviera escrita en el documento. La firma en blanco, obtenida por violencias ó intimidación, constituiría el delito de coacción, salvo que, por otros *actos exteriores*, el agente revelara la intención de convertir la firma en

(1) NYPELS, *Code pénal belge interprété*, tomo 3º, página 165.

blanco en un documento de obligación, en cuyo caso habría *tentativa* de robo.

776. El robo, simulándose autoridad, es una circunstancia que el proyecto Tejedor tenía en cuenta para calificar el robo en las cosas. Lo mismo sucede en el código español de 1850 (1) y en el de 1870 (2).

Cambiada la colocación de esta disposición, y puesta entre las que tienen por carácter común la violencia ó intimidación en las personas, es indispensable que concorra una de estas circunstancias para que pueda decirse producido el caso que previó el inciso. Los casos de robo *sin* violencia ni intimidación en las personas están determinados por otros artículos. En el simple hecho de invocar autoridad pública podría verse sólo un elemento de la defraudación ó de la estafa. La presencia de la autoridad no puede reputarse un hecho violento para las personas.

777. El artículo 190 determina los casos de robo sin violencia ni intimidación á las personas, y las penas aplicables en ellos son los siguientes: 1º el robo que se perpetre con escalamiento, perforación de pared ó cerco, ó introduciéndose por conducto subterráneo ó por vía no destinada á servir de entrada al edificio; 2º cuando haya fractura de puerta ó ventana para penetrar en el edificio; 3º cuando se haga uso de ganzúa, llave falsa ú otro instrumento semejante para penetrar en el lugar donde se intenta robar, ó de la llave verdadera que hubiese sido sustraída; 4º cuando se ejecute con auxi-

(1) Artículo 431, inciso 4º.

(2) Artículo 52, inciso 5º.

lio de algún doméstico ó dependiente de la casa á quien se hubiese seducido.

Estas son en general las agravantes cualificativas enumeradas en muchos códigos; pero en ellos se encontrará á la vez otras que no han sido declaradas por nuestra ley.

Así, por ejemplo, en el nuevo código italiano se consigna las siguientes: 1º si el delito ha sido cometido mediante abuso de confianza, derivada de las relaciones recíprocas de servicio doméstico, de oficina, de hospedaje, de alojamiento, de compañerismo, ó relaciones semejantes á estas, aunque sea momentáneamente, del culpable con el robado; 2º si se comete el delito prevaliéndose de la facilidad derivada de conmoción pública, ó de grande desastre ó de calamidad pública, ó particular del robado; 3º si no viviendo con el robado, el culpable ha cometido el delito una hora después de la puesta del sol, en un edificio ó lugar habitado ó destinado á habitación, ó en sus inmediatas dependencias, etc.

Estas circunstancias, si bien se encuentran en nuestro Código consignadas como agravantes generales, no bastarían para calificar el delito de robo, no obstante tener tal gravedad en sí mismas, que en muchos casos puede resultar exigua la pena con que se le castiga. El criado que huye con la fortuna de su amo; el ladrón que, protestando prestar auxilio en un caso de incendio, se apodera de los valores de su socorrido, ¿deberán ser considerados como reos de hurtos simples?

El número de casos de robo sin violencia ni intimidación que la ley prevea debe extenderse.

778. Nuestro artículo usa los términos *escalamiento* y *entrando por vía no destinada al objeto* como referentes á dos circunstancias distintas. Entretanto, en el código español de 1850, el escalamiento era la entrada por vía no destinada al efecto, y si esto que era la definición de lo primero en aquel código cuya disposición tuvo en vista el proyecto Tejedor, ha pasado á constituir una circunstancia diversa, será necesario referir la circunstancia de escalamiento á toda entrada en las casas, construcciones, edificios cualesquiera, patios, jardines y lugares cerrados, conforme al sentido que dan á la misma palabra la ley francesa y la ley belga (1), que pueden haberse tenido en vista de la disposición de nuestro Código.

El inciso de que trato contiene la enumeración de diversas circunstancias á las que atribuye la ley el mismo efecto para la calificación del delito : escalar un muro, perforar una pared ó cerco, introducirse por un subterráneo ó por cualquiera otra vía no destinada á servir de entrada á un edificio, por ejemplo, una ventana ó un balcón, son hechos de suficiente amplitud para comprender una variedad de casos que tienen de común que demuestran el mismo arrojo y temeridad del delincuente para perpetrar el robo.

779. En el inciso 2º se enumera la fractura de puerta ó ventana para entrar al edificio, y no hay en estas circunstancias una distinción esencial con las del número precedente. Por esto, en el código español están comprendidas en un sólo número el rompimiento de pared,

(1) Artículo 367 de la primera y 486 de la segunda.

techo ó suelo, ó fractura de puerta ó ventana, que es lo que generalmente se conoce bajo el nombre de robo con efracción.

780. En el inciso 3° se habla del uso de ganzúas, llaves falsas, llaves verdaderas que hubieran sido sustraídas, ó cualquier otro instrumento semejante para penetrar al lugar del robo. La penalidad, en los términos en que está redactado nuestro inciso, salva cualquiera dificultad respecto de la determinación del objeto que se emplee. En el código español no se había enunciado la circunstancia de que se comprendiera entre estos objetos el uso de la llave verdadera que hubiera sido sustraída; pero la jurisprudencia estableció esa equiparación.

Téngase presente, sin embargo, que la ley dice la llave que hubiera sido *sustraída*, y no la llave *perdida*. Según la jurisprudencia francesa lo mismo se entiende por llave falsa la llave sustraída que la llave perdida. La imputabilidad del uso de una ú otra llave es exactamente la misma, y nuestro texto no debió referirse exclusivamente á la llave sustraída.

781. El robo cometido con auxilio de un doméstico ó dependiente de una casa, á quien se hubiese seducido, constituye la última forma de robo sin violencia ni intimidación. La disposición del proyecto Tejedor me parece más exacta. La agravación dependía de que el robo se ejecutara de noche ó con auxilio de un doméstico ó dependiente de la casa á quien se hubiera sobornado. La hora en que se comete el delito, aunque puede ser una circunstancia ordinaria de agravación, podía tenerse como elemento de una agravación especial.

Pero no encuentro justificada por completo la califica-

ción especial derivada de haberse seducido á un doméstico ó dependiente, cuando no la constituye la sustracción cometida por uno de estos, que presenta manifiestamente un abuso de confianza cuya gravedad moral puede ser mayor que la seducción de que se valiera el ladrón.

782. Según la disposición del artículo 191, la relativa gravedad del robo en los casos enumerados en el artículo 190 depende del importe de lo robado. Si el valor de lo robado excede de quinientos pesos deberá imponerse pena de tres á diez años de presidio; si no alcanza á aquella suma, la pena será de uno á tres años de prisión. Pero, si bien parecería racional y justo que á las diversas circunstancias que servirán para proporcionar la pena, según las reglas del artículo 53, debiera agregarse tanto las que resulten de la importancia de la agravación cualificativa, como la del importe de lo robado, bueno es recordar que nada de esto está autorizado por la ley. El robo cometido en un jardín, saltando un muro, no denota la misma gravedad que el que se perpetrara con fractura de una puerta ó perforación de una pared; por otra parte, mayor proximidad de pena debiera haber entre el robo de un objeto cuyo valor sea de quinientos pesos y el de otro cuyo valor sea de quinientos diez, que la que habrá entre la del primero y la de otro robo cuyo importe fuera sólo de diez pesos. En la aplicación estricta de nuestra ley, corresponde tomar, para la determinación de la pena en cada uno de los casos especificados, el término medio de la que el artículo fija, y sólo puede ascenderse ó descenderse del término medio por la concurrencia de causas generales de agravación ó de

atenuación que no hayan sido tomadas como elemento de la calificación. Por tanto, corresponderá la pena de seis años y medio de presidio al robo con fractura por valor de quinientos un pesos, y de dos años de prisión al robo con fractura por valor de quinientos pesos. Supuesto el caso de un ladrón que violentara un baul en que se contuviera la primera suma, si la sustrajera íntegra incurriría en la pena indicada de seis años y medio de presidio, y si dejara un peso, llevándose los quinientos, sólo incurriría en la segunda pena. Creo que esto bastará para modificar los criterios de gravedad del delito que la ley adopta en esta materia, y demostrará la conveniencia de adoptar reglas diversas, ó por lo menos, para que se declare que estos casos no están sometidos á la terminante disposición del artículo 52.

783. Si hubiese á la vez, dice la ley, intimidación en las personas y fuerza en las cosas, se aplicará el máximo de las penas establecidas. Pero, como observando la penalidad para los casos de violencia en las personas y robo sin violencia en ellas (que es á lo que se refiere al hablar de *fuerza en las cosas*) se nota que en determinados casos el robo sin violencia puede tener una pena mayor que el robo violento, habrá que atender en caso de concurrencia á la pena más grave que se señale, sea á la circunstancia especial de la violencia en las personas, sea á la especial que esté enumerada en el artículo 190.

784. Establecido, en los primeros números de este capítulo, que eran elementos constitutivos de los delitos de robo y hurto, el apoderamiento de la cosa mueble ajena, contra la voluntad de su dueño, enuncié como caracteres distintivos resultantes de los términos de la ley,

el de la violencia en las personas ó en las cosas para el delito de robo, y el de la clandestinidad para el de hurto. Estudiadas como quedan ya las diversas circunstancias que califican el robo, el artículo 193 castiga al “que comete hurto, sustrayendo *clandestinamente* una cosa de otro, sin concurrir ninguna de las circunstancias de los artículos anteriores”, y en el artículo 194 se declara que incurre en las mismas penas que la ley establece para el hurto “el que arrebató una cosa de poder del que la lleve”. Fuera de estos casos, pueden producirse algunos de los varios que enumeran los artículos anteriores, y entonces habrá robo.

785. Pero es posible el apoderamiento de cosa mueble ajena con ánimo de lucro, sin que haya sin embargo robo, y fuera también de los casos del capítulo de las estafas y otras defraudaciones. ¿Cómo se calificaría, por ejemplo, la sustracción cometida entrando á un bazar, tomando en presencia del propietario un objeto cualquiera, y huyendo en seguida? ¿Sería un robo? Nó, porque no está penado por ninguno de los artículos 187 á 190. ¿Sería un hurto? Tampoco, porque la sustracción no ha sido *clandestina*; ha sido á la luz del día, á vista y presencia del propietario. ¿Se aplicaría el artículo 194? Tampoco, porque no hubo *arrebato* de cosa que *otro llevaba*. Se trata de un caso que puede ocurrir con manifiesta facilidad, y que nuestra ley no ha previsto, porque no castiga el robo en general, sino determinados robos y hurtos. Esa penalidad del hurto en general, que falta en nuestro Código es la que aparece en términos claros en el artículo 402 del código penal italiano: el que se apodera de la cosa mueble ajena para aprovecharse de

ella, sacándola del lugar en que se encuentra, sin el consentimiento del propietario, será castigado con la reclusión hasta por tres años. Análoga disposición contiene el artículo 369 del código de la República Oriental del Uruguay.

786. Las penas que la ley impone al hurto y al arrebató de cosa que otro lleve ¿se ajustan al mismo criterio antes enunciado de la cantidad? Si el valor de la cosa hurtada no excede de quinientos pesos, la pena será de arresto de un mes á un año; si excede de esa suma, será de prisión de uno á tres años.

Estas penas no difieren de las del proyecto Tejedor, y aun eran más leves las de éste, para todos los casos en que el valor de lo hurtado no excediera de cien pesos, pues el máximum de la pena que imponía era de tres meses de arresto, en tanto que el término medio de la actual es para los mismos casos de seis meses y medio de arresto.

Tanto en el robo como en el hurto, el mínimum de lo que puede sustraerse no determina la aplicación del mínimum de la pena. Sólo se explica por el calor de la improvisación que el Señor Ministro de Justicia, principal autor del Código, protestara ante la Cámara de Diputados contra las monstruosidades legales que se realizaban á cada instante, por la aplicación del “mal código del doctor Tejedor”, y citaba el caso de una mujer condenada á dos años de carcel por haber *robado* una pollera; de otra condenada á igual pena por haber *robado* trece pesos, y de un hombre condenado á la misma por haber *robado* un par de alpargatas, “lo que ni en la Turquía es justicia” (1).

(1) Sesión de la Cámara de Diputados, de 25 de Noviembre de 1886, en el *Diario de Sesiones*.

Esto no obstante, no aparece en la ley reformada texto alguno que autorice á fallar de distinta manera.

787. Concluye el capítulo *Robos y hurtos* con la disposición que pena el robo de cadáveres para hacerse pagar su devolución, con tres á seis años de penitenciaría, si se consigue el objeto, y con uno á tres años de prisión si no se consigue.

La célebre banda de los “Caballeros de la noche”, en Agosto de 1881, rigiendo el código Tejedor, sacó del sepulcro de la familia Dorrego, en el Cementerio de la Recoleta, en Buenos Aires, el cadáver de un miembro de la familia, exigiendo de ésta una suma cuantiosa por su devolución. La Cámara de Apelaciones juzgó que el caso no contenía otro delito que el de amenazas de un mal que no constituía delito, é impuso la levisima pena que por éste correspondía. Aquella calificación era manifiestamente la que procedía.

El hecho que acabo de referir es el origen de la sanción especialísima que contiene el artículo 195 del Código. La especialidad de esta disposición en el título de *Robos y hurtos* depende de que en nuestra ley no se legisla ni prevé la violación de sepulcros, como delito, como con toda generalidad sucede en la legislación antigua y moderna. La disposición de nuestro artículo está perfectamente justificada por el antecedente mencionado; pero debe observarse que la redacción es impropia por estar en oposición con la noción esencial del robo. No siendo el cadáver una cosa que esté en el comercio, no hay relación de derecho alguna respecto de él. Nadie puede decirse dueño ni poseedor de un cadáver, que no es cosa susceptible de apropiación. Liga á los vivos un senti-

miento de respeto y afecto hacia los restos de los que fueron seres queridos, y es la *libertad* de tener este sentimiento y este *afecto* lo que la ley penal debe garantizar con su sanción. Es, pues, incorrecto hablar de *robo de cadáveres*; y si esto está bueno para el lenguaje vulgar no lo está para el legal. El atentado á la propiedad aparece por la exigencia de dinero, mediante la coacción que se impone por la violación de aquel respeto y de aquel afecto. Hay una violencia moral que sirve de *medio* para un atentado á la propiedad. El artículo debió, pues, redactarse conforme á los principios jurídicos: si el *robo* se hubiese ejecutado exigiéndose dinero por la restitución de cadáveres que se hubiera sustraído, se impondrá la pena de tres á seis años de penitenciaria. Si no se obtuviera dinero alguno del exigido, la pena será de uno á tres años de prisión.

CAPÍTULO XXI

DE LA USURPACIÓN

(Artículos 196 y 197)

788. Carácter distintivo del delito de usurpación. — 789. Relación entre las leyes de la usurpación y las del interdicto de despojo. — 790. En las mismas condiciones en que se dá el interdicto procede la acción penal. — 791. Caso en que bastarían las indemnizaciones civiles. — 792. Penalidad de la usurpación. — 793. Alteración de términos y linderos de fincas ó heredades. — 794. Su penalidad.

788. Se ha visto en el capítulo precedente que es condición esencial del delito de robo y del de hurto el apoderamiento de la cosa mueble ajena contra la voluntad del poseedor legítimo. Respecto de los bienes inmuebles puede ocurrir también el apoderamiento doloso ó violento que turbe la posesión legítima. La naturaleza de la cosa sobre que recae el delito determina, pues, la diferencia fundamental entre la usurpación y el robo; y la razón principal de esta distinción es que en el apoderamiento de la cosa mueble es posible la pérdida defini-

tiva, mientras que tratándose de inmuebles, la posesión legítima es fácilmente restituida, por lo que el mal del delito es siempre forzosamente menor.

789. Lo que el código llama en este capítulo usurpación, dice Pacheco, se ha llamado por lo común despojo en nuestras leyes y por nuestra práctica (1). Nuestra ley usa también en sus prescripciones el término despojo que no se registra en el texto español, y resulta así más evidente la relación entre el hecho que legisla el Código penal y el que protegen las leyes de procedimientos con la fórmula procesal del interdicto.

Nuestro artículo 196 castiga al que empleando violencia *despoje* á otro de una cosa raiz ó del uso, usufructo, habitación ó servidumbre que en ella goce; y castiga con pena inferior el despojo que se cometiere por fraude ó astucia.

Estas disposiciones del Código contienen, pues, la penalidad que, además de las indemnizaciones civiles, podrá imponerse por la autoridad respectiva en los casos en que procede el interdicto de recobrar ó de *despojo*, de las leyes de procedimiento. Según ellas, la acción se dá mediante estas condiciones: 1ª que el que lo intente ó su causante haya estado en posesión ó tenencia de la cosa demandada; 2ª que haya sido despojado con violencia ó clandestinamente de esa posesión. Si se considera que los términos de la definición penal guardan la más completa analogía con los de la definición civil, y que el interdicto puede darse aún contra el propietario que hubiera tomado violentamente la cosa poseída por

(1) *El código penal concordado etc.*, tomo 3º, página 331.

otro, parece encontrarse en este delito antes que un atentado contra la propiedad, un atentado contra el orden público ó la administración de justicia. Por eso, respecto del interdicto, dice con razon Caravantes, que se funda en el principio de eterna razón de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, sino recurriendo á las autoridades judiciales instituidas para administrarla á cada uno, y que su objeto es evitar las luchas y vías de hecho á que recurriría el despojado para recobrar su posesión. El interdicto de despojo se da no solamente al que se halla en posesión de la cosa de que se le despojó, sino aún al que se halla en la tenencia ó mera ocupación de la misma, que no constituye la posesión legal, como los depositarios, prendarios, comodatarios, y en consecuencia, aunque no sea señor de la cosa; y así mismo, aún cuando la posesión ó tenencia fuere viciosa ó se hubiere adquirido *vi, clam, vel precario*, ó por fuerza ó clandestinamente, ó por encargo del dueño, como la de los colonos ó inquilinos del despojado (1).

790. Pienso que en las mismas condiciones en que se dá el interdicto procede la acción penal de usurpación. Aunque en la disposición legal se haya enumerado los derechos reales de uso, usufructo, habitación ó servidumbre, no debe entenderse que la ley proteja sólo el derecho real que se tenga en la cosa sino también el derecho personal. Si la ley quisiera proteger solamente los derechos reales, no usaría los términos *el que despoje* á otro de una cosa raíz, lo que dá simplemente la idea de separarle de la tenencia actual, cualquiera que sea el

(1) CARAVANTES *Procedimientos judiciales*, libro 3º, 1045 y 1049.

título de la tenencia. Así, el código español usa en su artículo los términos *el que ocupare una cosa inmueble* ó usurpare un derecho real de ajena pertenencia, etc., en cuyos primeros términos la ocupación de la cosa inmueble se refiere simplemente al acto material.

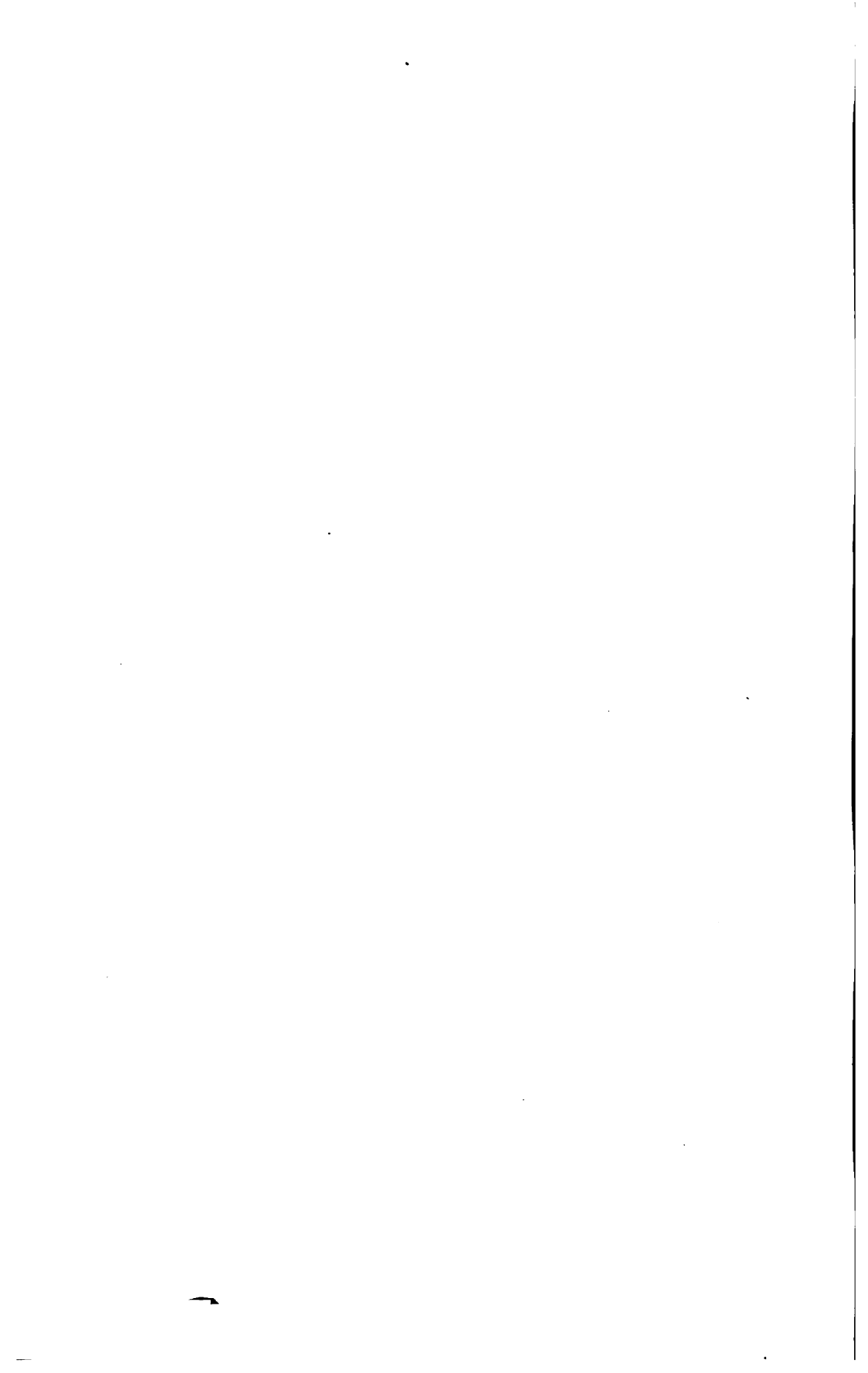
791. El código español de 1850 distinguía los casos en que el delito se cometía con violencia en las personas ó sin violencia en las personas, imponiendo en este caso una pena pecuniaria inferior. Esa distinción ha desaparecido en la reforma de 1870, en que sólo se considera digna de la represión del derecho penal la usurpación perpetrada con violencia ó intimidación en las personas. Nuestro artículo 196 usa la palabra violencia sin distinción alguna, de manera que lo mismo se aplica á la violencia en las personas que á la violencia en las cosas. Paréceme que en este último caso la sanción no debiera pasar de las indemnizaciones civiles, como resulta del código español vigente y del artículo 403 del código italiano, que usa los términos "cualquiera que turba, con violencia contra las personas, la posesión de otro, sobre cosas inmuebles, etc."

792. Las penas que la ley impone por el delito de usurpación en los casos de despojo violento son las de uno á tres años de prisión y multa de veinticinco á quinientos pesos, según el valor de lo usurpado y la calidad de la violencia. Si el despojo se cometiere por fraude ó astucia, la pena será de arresto de uno á tres meses, sin perjuicio de la pena pecuniaria.

793. El artículo 197 castiga, como otra forma de usurpación, la alteración ó destrucción de los términos ó linderos de las fincas ó heredades, hecha para cometer

aquella. De estas palabras resultan los tres elementos que distingue Carrara analizando este delito: 1º el acto material; 2º la persona; 3º el fin. El primero consiste en la destrucción material ó alteración de los términos ó linderos; esto es, de toda señal que fija los límites de una heredad, cualquiera que sea su forma como la remoción de mojones, etc. El segundo consiste en que el delito sólo puede ser cometido por el poseedor del fundo limítrofe: si la destrucción la hiciera un tercero faltaría también la inmediata condición del fin de este delito. Este tercer elemento sólo puede consistir en el ánimo de usurpar la posesión ajena. Si el vecino tiene justo motivo para creer que el límite haya sido ilícitamente colocado, no podrá decirse que intente usurpación. Se habrá hecho justicia por sí mismo, y este será el motivo de la imputabilidad.

794. La pena impuesta al delito de remoción ó destrucción de términos ó linderos es la de arresto por tres meses á un año y multa de veinticinco á quinientos pesos.



CAPÍTULO XXII

DE LOS QUEBRADOS Y OTROS DEUDORES PUNIBLES

(Artículos 198 á 201)

795. Disposiciones penales sobre la quiebra. — 796. Observaciones sobre el método para legislar la quiebra. — 797. Correspondería dictar la ley especial de bancarrotas. — 798. Principios generales sobre aplicación de las diversas leyes que rigen la quiebra. — 799. Método para el examen de las disposiciones penales. — 800. Quién es quebrado ante la ley penal. Examen de la ley comercial actual sobre este punto. — 801. Examen de la reforma del Código de Comercio. — 802. Doctrina general y conclusión. — 803. Qué se entiende por quebrado fraudulento ó culpable. — 804. Cuestiones que surgen de la diversidad de leyes que rigen la quiebra. — 805. Incidente de la prisión de los corredores de la Bolsa de Buenos Aires. — 806. Debate á que dió lugar. — 807. Qué se entiende por cuestión prejudicial. — 808. División de las cuestiones prejudiciales. — 809. Doctrina contra la prejudicialidad de la declaración de quiebra. — 810. Disposición del artículo 1104 del Código Civil. — 811. Originalidad de esta disposición. — 812. El artículo se refiere á una cuestión prejudicial á la decisión. — 813. Inaplicabilidad de la disposición al caso discutido. — 814. La calificación de la quiebra en lo comercial no tiene autoridad de cosa juzgada en lo criminal. — 815. Discusión sobre si la clasificación de lo comercial se impone en lo penal. — 816. Reforma del Código de Comercio sobre este punto. — 817. Casos

que determinan indicios de culpa. — 818. Presunciones de quiebra fraudulenta. — 819. Alcance de la disposición. — 820. Quiénes son cómplices de la quiebra. — 821. Objeto de la consignación de presunciones legales. — 822. Quiebra de los corredores. — 823. Alcance de la presunción legal sobre este punto. — 824. Otros deudores punibles. — 825. Colocación que correspondería á esta disposición.

795. El artículo 198 impone la pena de tres á seis años de penitenciaria é inhabilitación por cinco á quince años para ejercer el comercio, al *quebrado fraudulento*, y la de uno á tres años de prisión é inhabilitación para el comercio por dos á cinco años al *quebrado culpable*.

El artículo 199 declara motivo de reducción de estas penas el caso en que la pérdida ocasionada á los acreedores no llegue al veinte y cinco por ciento. La pena será entonces de dos á tres años de prisión é inhabilitación de tres á cinco para el quebrado fraudulento, y la de arresto por tres á nueve meses para el quebrado culpable, debiendo en uno ú otro caso estimarse prudencialmente la pérdida si antes de pronunciarse la sentencia no se hubiera liquidado el concurso.

796. En erigir la quiebra en un delito del Código Penal, se ha imitado el ejemplo del código español, del francés, del belga y de los proyectos que precedieron al de la comisión de la Cámara de Diputados. No es este, sin embargo, un punto fuera de toda discusión, y si otra cosa no provocara dudas al respecto, bastaría para producir las la circunstancia de que el quizás más perfecto de todos los códigos penales, el italiano, no ha legislado sobre bancarrotas, que se rigen por disposiciones espe-

ciales del código de comercio. “Ante todo, pregunta Vidari, ¿por qué debe tratarse de los delitos en materia de quiebra, en el código de comercio y no en el código penal? En cuanto á los delitos en materia de quiebra, agrega, puede seguirse dos sistemas: ó tratar de ellos en el código penal, ó en el mismo código de comercio. El código precedente, que aún tratando de la bancarrota remitía para las penas al código penal, seguía el peor de los sistemas, porque con él separaba el delito de la pena y dejaba que el legislador estatuyese sobre uno y sobre otro con criterios que están muy lejos de ser informados con unidad de vistas y de propósitos; mientras que es natural que dos códigos, como el penal y el comercial, partan de conceptos diversos al determinar la delincuencia y la punibilidad de ciertos hechos y de ciertas omisiones, máxime en una materia de índole tan especial, tan técnica, diríase, como la de los delitos en las quiebras (1).

797. Es verdaderamente especialísima por su complejidad esta materia. La forma se encuentra tan íntimamente ligada al fondo en las leyes que la rigen, que es en muchos casos imposible la delimitación entre una y otro; la responsabilidad penal se relaciona tan estrechamente con las calidades que dependen de estatutos puramente comerciales que en más de una ocasión aparecerán chocantes entre sí la ley penal y la comercial. Pero no es sólo bajo el punto de vista doctrinario que merece observación el sistema adoptado por nuestros códigos. La crítica más grave es otra. La unidad de ma-

(1) VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, número 5113.

teria en la bancarrota está prevista por la Constitución Nacional : fondo, procedimientos, penas, todo debe comprenderse en una ley de bancarrotas dictada por el Congreso, según la prescripción del inciso 11 del artículo 67. El ejemplo de los códigos que sirvieron de modelo, en general, á la confección de los nuestros, ha prevalecido sobre un mandato supremo de la Constitución.

798. Pero si la indivisibilidad de la legislación sobre bancarrotas no ha sido observada, y el Congreso ha distribuido la materia en dos códigos, y aún ha hecho referencia á ella en el Código Civil, ¿deberá por vía de interpretación reunirse, lo que está dividido, subordinarse y correlacionarse, como se hace con los distintos fragmentos de una misma ley ? Uno y otro sistema, como se ha visto, difieren entre sí, y llevan naturalmente á consecuencias bien opuestas. Me parecería arbitrario, debiendo interpretar y aplicar leyes de índole distinta, unificar sus consecuencias. En nuestro caso ¿cómo prescindir, al aplicar los artículos 198 y 199 del Código Penal, de todas las reglas y principios generales que rigen la materia penal, para atender á las condiciones especiales que proceden de las reglas y principios de las leyes mercantiles ? ¿cómo prescindir, por ejemplo, de lo que sea el dolo y la culpa en lo penal, para referirse á las presunciones *juris et de jure* por las cuales según el Código de Comercio vigente hasta hoy debe calificarse la quiebra de culpable ó fraudulenta ? ¿cómo olvidar que para el ejercicio de la acción penal pública basta el indicio de haberse cometido un delito, y para los procedimientos de la quiebra es necesario (salvo el caso de fuga del comerciante) que medie el auto declaratorio á instancias

del fallido ó de acreedor legítimo? Adelanto, quizás, en las cuestiones que acabo de proponer cuáles serán mis conclusiones en puntos importantísimos sobre los cuales se encuentra disidencia en la doctrina, pero pasaré en seguida á ocuparme especialmente de ellos.

799. En los dos artículos citados del Código Penal se determina el castigo que debe imponerse al *quebrado fraudulento* y al *quebrado culpable*. El estudio de estas disposiciones debe comenzar por investigar las siguientes cuestiones: 1ª ¿quién es *quebrado* ante la ley penal? 2ª ¿quién es *quebrado fraudulento* ó *culpable*?

800. ¿Quién es *quebrado* ante la ley penal? Veamos primero quién lo es ante la ley comercial. Bajo dos puntos de vista, dice el doctor Moreno, puede considerarse la quiebra: como el estado de un comerciante que ha cesado sus pagos, ó como el estado de un comerciante que ha sido judicialmente declarado en quiebra; y de aquí la grave cuestión sobre si la quiebra y sus efectos es un hecho que existe por sí mismo, independientemente de la declaración judicial, ó si al contrario es de derecho, de tal modo que no produce efecto alguno legal, mientras que una sentencia no haya declarado su existencia (1). El doctor Moreno entiende resuelta la cuestión en el último sentido por el artículo 1521 del Código de Comercio: la quiebra no produce efectos legales sino en cuanto interviene sentencia de tribunal competente que la declare; pero el Código de Comercio no reconoce por esto que la quiebra sea un hecho de creación puramente judicial. El artículo 1511, que comienza el título

(1) MORENO, *Estudio sobre las quiebras*, número 29.

Deleestado de quiebra, dice que se halla en estado de quiebra todo comerciante que por cualquier causa cesa sus pagos; y el artículo 1532 impone al tribunal al declarar el estado de quiebra ó por juicio ulterior, la fijación de la época en que tuvo lugar la efectiva cesación de pagos y á la que deben *retrotraerse los efectos* de la declaración de quiebra. Los efectos legales no derivan, pues, de la declaración de quiebra, sino del *estado de quiebra*. El auto declarativo los *reconoce*, no les da *existencia*; puesto que su origen se encuentra única y exclusiyamente en el estado de cesación de pagos. Un comerciante que se encuentra en estado de quiebra, podrá no ser reconocido como quebrado, si no interviene el auto declarativo; pero producido éste, los efectos legales de la quiebra se retrotraen en parte á la efectiva cesación de pagos, y todo lo que en el intervalo hizo ó trató el quebrado, será nulo ó podrá ser anulado como hecho por un fallido, salvo lo que deba respetarse por la buena fe de los terceros que hubieran ignorado la cesación de pagos (artículos 1540 y 1541). La ley comercial no desconoce en manera alguna que es *quebrado* el comerciante que se halla en estado de cesación de pagos; al contrario, lo reconoce expresamente en las diversas disposiciones referidas. Por último, observaré que por *efectos legales* derivados del auto declarativo, no puede entenderse sino efectos que están expresamente declarados por la ley: los referentes á la capacidad del fallido (artículos 1533, 1534, 1535, 1537 y 1538), los relativos á los actos del fallido (1539, 1540, 1541 y 1542) y los relativos á los acreedores (1543 y 1544).

801. El Código de Comercio ha sido reformado en la

materia que discuto, y su nuevo texto facilita la solución. El artículo 1379 declara que la cesación de pagos constituye el *hecho generador del estado de quiebra*, y que de este estado sólo son susceptibles los comerciantes y las colectividades que revisten este carácter. El artículo 1388 y siguientes del título segundo, libro cuarto, determinan las formas de la declaración de quiebra, y el título tercero, los efectos jurídicos de la declaración. El artículo 1521 del antiguo Código ha sido suprimido. La ley nueva no puede originar duda alguna sobre este hecho: se encuentra en estado de quiebra ó es quebrado, el comerciante que cesa en sus pagos.

802. Si se revisa toda la doctrina sobre esta materia, se encontrará en todas partes repetida como una verdad axiomática esta definición: la quiebra es el estado de cesación de pagos de un comerciante (1). Así la definen los jurisconsultos antiguos; así la definen los tratadistas modernos, y por mi parte excuso repetir las definiciones para demostrar un hecho que no puede ser puesto en duda. En consecuencia, si queda demostrado que para la ley mercantil es *quebrado* el comerciante que se halla en estado de cesación de pagos; si este estado produce efectos jurídicos por sí mismo, que se reconocen por la ley como consecuencia de la retroacción del acto declarativo; si la doctrina entendió siempre por *quebrado* al comerciante que ha cesado sus pagos, la ley penal, que no ha dicho en ninguna parte qué es lo que ella entiende decir al usar tal palabra, es claro que no la ha usado sino en el sentido general en que la emplean la legislación mercantil y la doctrina.

(1) MASSÉ, *Le droit commercial*, número 1145.

803. ¿Qué debe entenderse por quebrado *fraudulento* y quebrado *culpable*? La quiebra no es por sí misma un delito. El estado de cesación de pagos en que llegue á encontrarse un comerciante, puede ser el resultado de sucesos imprevistos, ó que, previstos, fueran inevitables, y cuyas consecuencias debieran imputarse todas á la desgracia y nada á la mala fe ó á la imprudencia. Pero si en la quiebra aparecen indicios de fraude ó de imprudencia, la ley penal que resguarda la propiedad particular, lo mismo que los demás derechos, contra todos los actos de voluntad criminal ó de imprudencia que puedan lesionarlos, inflige castigos al comerciante que se encuentra en estado de cesación de pagos con voluntad criminal de defraudar á sus acreedores y los impone también al mismo cuando no pone la debida diligencia en evitar un daño al derecho de los últimos.

804. La diversidad de las prescripciones en lo civil y en lo criminal que rigen la quiebra, dá lugar á cuestiones que producen la mayor divergencia en la jurisprudencia y en la doctrina. La quiebra, se dice, es el estado del comerciante que cesa sus pagos; pero ese estado sólo existe legalmente desde que sea declarado por el tribunal competente, que es el de comercio; de aquí, que la declaración de quiebra sea una cuestión prejudicial á la acción penal. Siendo incompetentes los tribunales del crimen para declarar la existencia de la quiebra, siguese que ninguna acción penal podría instaurarse mientras el tribunal competente no hubiera declarado la existencia del hecho que puede ser motivo de represión. Otra cuestión es la siguiente: si la ley comercial ha definido los casos de quiebra fraudulenta y de quie-

bra culpable, las denominaciones idénticas adoptadas por el Código Penal, demuestran que éste ha entendido referirse á las calificaciones de la primera. En la discusión de estas cuestiones interviene la disposición del artículo 1104 del Código Civil: "Si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no habrá condenación en el juicio criminal antes que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada. Las cuestiones prejudiciales serán únicamente las siguientes: 1ª las que versaren sobre la validez ó nulidad de los matrimonios; 2ª las que versaren sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes."

805. Para la mejor exposición de esta materia, tendré presente el ruidoso incidente producido en la ciudad de Buenos Aires, con motivo de la prisión de varios corredores de Bolsa, á requisición del Fiscal del Crimen y por resolución de los Jueces de Instrucción. Bueno es reconocer, desde luego, que la justicia criminal del país, no se había preocupado poco ni mucho en perseguir á los quebrados. El juicio de calificación se retardaba por lo general, á términos que ponían fuera de toda oportunidad la persecución penal; y una práctica que quizás no tenía otra razón de ser que la indolencia de los tribunales, había puesto la acción penal bajo la absoluta dependencia de la acción civil. Unas veces el interés de los acreedores aconsejados por la máxima *del mal el menos*, les llevaba á aceptar arreglos privados que con formas simuladas salvaban el juicio de calificación; otras, el juicio era de tal manera entorpecido por procedimientos inmorales tendentes al mayor lucro para

jueces, comisarios y síndicos provisorios, que la jurisdicción criminal no recibía jamás noticia de la quiebra. No es, pues, de extrañarse que una resolución repentina de la justicia en el sentido del procedimiento originario y de oficio, contra muchos corredores de bolsa al mismo tiempo, produjera una seria agitación en la opinión pública. En cuanto á mí, alejado de todo interés inmediato en el asunto, y preocupándome de estos estudios, sólo he podido mirar la cuestión con un interés puramente científico.

806. Hé aquí el caso. El Agente Fiscal en lo criminal, doctor Gallegos, se presentó al juez de instrucción denunciando haberse cometido en la Bolsa, por varios corredores, el delito de quiebra fraudulenta, sosteniendo que los referidos corredores habían quebrado, y que teniendo aquella calificación su quiebra, según las disposiciones del Código de Comercio, debía aplicárseles las penas respectivas de la ley penal.

El Agente Fiscal examina desde luego la legitimidad del ejercicio de la acción pública sin que haya mediado declaración judicial del estado de quiebra por auto de juez competente. Examina la disposición del artículo 1104 del Código Civil, las que tienen alguna relación con la materia en el Código de Comercio, las opiniones de los tratadistas, y concluye que los quebrados fraudulentos caen directamente bajo la jurisdicción del crimen, aunque no haya mediado la declaración de quiebra.

Distinguidos abogados tomaron la defensa de los corredores, y sostuvieron decididamente que la declaración de la quiebra era prejudicial. El Fiscal de las Cámaras, doctor Cortés, fundó su opinión en el sentido de la de

los defensores de los procesados, y por último la Cámara de Apelaciones se pronunció de la misma manera. El auto de este Tribunal afirma, desde luego, que es privativo de la jurisdicción mercantil la declaratoria de quiebra y su respectiva calificación, cuyo hecho constituye una cuestión prejudicial para el juicio criminal; dice luego que la verdad de este hecho se destaca por sí sola de la simple lectura del artículo 1104 del Código Civil; que el artículo 17 de la ley de procedimientos de la Capital ordena que no pueda iniciarse el juicio criminal antes que haya sentencia ejecutoriada en la cuestión prejudicial; que el artículo 1593 del Código de Comercio arroja bastante luz para condenar la iniciativa fiscal del caso, por cuanto dispone sin ninguna ambigüedad que declarada la quiebra culpable ó fraudulenta se ponga al fallido á disposición de la justicia criminal, con testimonio del proceso; que no existía ni apariencia de razón para las gestiones de Agente Fiscal, porque ha debido tenerse en cuenta que si la quiebra puede también ser declarada de oficio, á instancia del Ministerio Público, es únicamente en caso de fuga ú ocultación acompañada de la clausura de escritorios ó almacenes, de lo que se infiere que si el representante de la ley no estaba facultado ni para pedir la declaratoria de quiebra, menos podía estar para provocar juicios criminales, con las extorsiones que son consiguientes á las garantías individuales; que, por lo que hace á la calidad de corredor, no es necesario decidir si su quiebra debe presumirse siempre fraudulenta, para dar por establecida la intromisión injustificable del juez de instrucción, desde que no habiéndose producido el hecho de la declaratoria de

quiebra, viene á demostrarse de esta suerte su carencia de jurisdicción para la promoción del proceso criminal, por lo que la Cámara se abstiene de adelantar opinión sobre este y otros puntos que pudieran surgir de aquella calidad de corredor.

Como se ve, la Cámara ha sido severa en su juicio contra el Agente Fiscal, lo que denota un profundo convencimiento de los principios que declara. Mi opinión difiere fundamentalmente de la de la Cámara, y no siéndome posible en las proporciones de este capítulo, seguir el debate judicial en cada uno de sus argumentos, me atendré á los que considere capitales, para fundarla.

807. En primer lugar, y para fijar bien el sentido de mis ideas, entiendo por cuestión prejudicial lo mismo que entiende Haus: "el juez llamado á conocer una infracción está naturalmente investido del poder de verificar la existencia de todos sus elementos, y por consiguiente para decidir, estatuyendo sobre el fondo del proceso todas las cuestiones relativas á estos elementos. Pero la regla no es absoluta. A veces, en efecto, la ley quiere que uno de los elementos de la infracción sea precisamente constatado y apreciado por otro juez. Compréndese que la decisión de la cuestión que es objeto de este examen, deba darse antes, ó prejuzgarse á las otras cuestiones, lo que motiva la denominación de cuestiones *prejudiciales*. Se designa por este término en materia represiva la cuestión que se refiere á la existencia de una infracción y que debe ser juzgada en una instancia separada y prévia. La parte que suscita una cuestión prejudicial ante la jurisdicción represiva opo-

ne á la acción pública una *excepción prejudicial*" (1).

808. Las cuestiones prejudiciales son de dos clases: *al ejercicio de la acción pública; á la decisión*. Existe la primera " cuando una disposición formal de la ley prohíbe al ministerio público comenzar la persecución, en tanto que la cuestión prejudicial no esté definitivamente juzgada. Fuera de este caso, la acción pública puede ser intentada sin obstáculo; sólo que suscitándose la cuestión prejudicial, tiene por efecto detener la persecución hasta que sea decidida. Es según esto que los autores distinguen en cuestiones prejudiciales al ejercicio de la acción pública y cuestiones prejudiciales á la decisión de esta acción " (2).

809: Esto sentado, ¿cuál es doctrinariamente la solución de la cuestión debatida? ¿Puede haber persecución criminal del quebrado fraudulento ó culpable sin prévia declaración del estado de quiebra? La inmensa mayoría de los tratadistas y toda la jurisprudencia francesa deciden afirmativamente esta cuestión (3). Carrara, que adhiere á la misma solución, la funda en los térmi-

(1) HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, número 1180.

(2) HAUS, ib. número 1183; GARRAUD, *Précis du droit criminel*, número 658; VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, página 214.

(3) TEJEDOR, *Curso de derecho criminal*, tomo 1º, número 448; MORENO, *Estudio sobre las quiebras*, número 32; MASSÉ, *Droit commercial*, números 1167 y 1248; CHAUVEAU ET HÉLIE, *Théorie du code pénal*, sexta edición, número 2153; HAUS, op. cit., número 1226; CARNOT, *Commentaire sur le code pénal*, número 15 al artículo 402; LE GRAVEREND, *Législation criminelle*, tomo 1º, página 20; GARRAUD, *Précis du droit criminel*, 664; PARDESSUS, *Droit commercial*, número 1094; NYPELS, *Code pénal belge interprété*, tomo 3º, página 218; DALLOZ ET VERGÉ, *Codes annotés*, artículo 440 del código de comercio, número 237; ROUSSEAU et DEFERT, número 31; BOULAY PATY, tomo 1º, número 38.

nos clarísimos con que ilustra las cuestiones que trata. “ Sobre esta cuestión no puede vacilarse, dice. La quiebra es un *hecho* que se convierte en criminoso si lo acompaña el *dolo* ó la *culpa*. Todos los hechos constitutivos de un delito están bajo la ilimitada autoridad de los jueces del crimen. Estos no necesitan de un precedente fallo que declare el hecho de la quiebra desde que este hecho se les denuncia como constituyendo el substracto material de una infracción. No necesitan esperar que otro tribunal haya declarado su subsistencia. Del mismo modo los tribunales del crimen declaran la subsistencia de un contrato civil ó de un matrimonio, aunque pertenezca á otros tribunales decidir sobre la validez controvertida de aquel matrimonio ó de aquel contrato. Sólo podría ser discutible la excepción de la prejudicialidad y de la supersesoría *cuando se hallara pendiente en los tribunales civiles una litis regularmente instaurada* en la que el pretendido fallido sostuviera no ser tal. La quiebra es un estado de hecho que por virtud de la ley existe desde el instante mismo de la cesación de pagos. La sentencia no lo *crea*, lo *declara*: la sentencia declaratoria es uno de los efectos civiles de aquel estado de hecho, y puede ser necesaria para otros sucesivos efectos civiles, pero no á los efectos penales”. Agrega en seguida que esta solución la tiene por incriticable y puede ser necesaria para otros sucesivos efectos civiles, no para los criminales (1). La Corte de casación de Francia ha llevado la independendencia absoluta de las dos jurisdicciones que pueden intervenir en la quiebra, hasta

(1) *Programma*, § 3415.

establecer que la jurisdicción penal puede iniciar la persecución de quiebra, no solamente cuando no hay declaración de quiebra sino también cuando el tribunal de comercio ha declarado que el comerciante no se encuentra en estado de quiebra (1).

810. Tal es la solución de la doctrina general y de la jurisprudencia extranjera. ¿Hay en nuestro derecho la disposición formal que haga depender la acción contra el quebrado, de la declaración prejudicial de la quiebra? Se tiene por tal el artículo 1104 del Código Civil; pero sólo con un examen superficial de la cuestión ha podido tenérsele por decisivo. Debe examinarse en primer término si conforme al texto de dicho artículo, la declaración de quiebra es prejudicial á la decisión ó á la acción. Ciertamente es que en la primera parte del artículo se dice: “si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil”; pero esta primera parte no armoniza con la continuación: “no habrá *condenación* en juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada”. Esta segunda parte demuestra contra la primera que el artículo entiende hablar de cuestiones prejudiciales á la decisión. Para terminar, el artículo 1104 declara como únicas cuestiones prejudiciales: 1ª las que versaren sobre validez ó nulidad de los matrimonios; 2ª las que versaren sobre *calificación* de las quiebras de los comerciantes. En resumen, lo que la ley manda claramente es que no haya *condenación* por quiebra, si no hay sentencia civil sobre *calificación*.

(1) DALLOZ, 1857, tomo 1º, página 180.

811. Tal como resulta de estos términos, esta disposición es originalísima del Código Civil. *Discútese por la doctrina si la declaración de la quiebra es prejudicial al ejercicio de la acción penal; pero no se discute si debe ser prejudicial á la condenación, la calificación, porque entonces la jurisdicción criminal, privada de estatuir sobre la calificación del delito, no tendría otra función que la de señalar la pena, sin pronunciarse sobre la infracción (1).* Más adelante se verá que esto es insostenible; pero la solución de la Cámara va más lejos, al reconocer como terminantemente dispuesto, no ya que no pueda *condenarse* al quebrado si no hay *calificación* prejudicial de la quiebra, conforme á los términos del artículo 1104 sino que no puede iniciarse la acción antes que se haya pronunciado aquella calificación.

812. Si se quisiera un argumento más para demostrar que el Código Civil no ha entendido referirse á la cuestión prejudicial *á la acción*, sino á la prejudicial *á la decisión*, bastaría proponer la cuestión con referencia al primero de los casos del artículo 1104, el de que es cuestión prejudicial la que versa sobre validez ó nulidad de matrimonios. En el delito de bigamia es condición esencial que exista un precedente matrimonio *válido*. ¿Se ha oído decir alguna vez que no pueda instaurarse la acción pública por el delito de bigamia, sino cuando el tribunal civil se haya pronunciado irrevocablemente sobre la validez del primer matrimonio? No; la cuestión

(1) El texto de Freitas que se tiene por concordante de nuestro artículo declara cuestión prejudicial la que versa *sobre quiebras*, es decir, sobre la existencia del hecho de la quiebra, ó su declaración; no sobre la calificación.

de validez ó nulidad del primer matrimonio, si debe ser cuestión prejudicial, lo es eminentemente *á la decisión*; jamás *al ejercicio de la acción*. Ni el Fiscal de las Cámaras ni la Cámara de Apelaciones de la Capital podrían dudar sobre esto. Y, ¿qué razón, siquiera aparente, habría para que de las dos cuestiones prejudiciales enumeradas en el artículo 1104, debiera entenderse que la primera es prejudicial á la *decisión* y la segunda á la *acción*?

813. Pero hay razones, á mi juicio, más poderosas aún, que demuestran la inaplicabilidad del artículo 1104 al caso en cuestión. El capítulo á que este artículo corresponde, determina las reglas relativas al *ejercicio de las acciones para la indemnización de los daños causados por los delitos*, y en consecuencia á la influencia respectiva de la acción criminal sobre la civil y vice-versa. Tanto cuando lo criminal importa una cuestión prejudicial á la decisión en lo civil (artículos 1101, 1102 y 1103) como cuando lo civil es prejudicial á la decisión en lo criminal (artículo 1104), es la influencia de la *cosa juzgada* en una jurisdicción sobre la acción pendiente ante la otra lo que se trata de reglamentar. Ahora bien; el artículo 1104 quiere que no haya condenación en juicio criminal sobre quiebras mientras la *calificación* por el tribunal de comercio no haya pasado en cosa juzgada. El Código Civil, como ley común, declaró una regla relativa á la indemnización de daños causados por delitos; pero es evidente que esta prescripción general, dictada con prescindencia de lo que dispongan el Código de Comercio y el Código Penal, no podrá aplicarse en cuanto sea incompatible con las leyes especiales, que rigen cada

una en la materia que le es propia. Según estas leyes especiales, la calificación en lo comercial ¿tiene para lo penal la autoridad de la cosa juzgada?

814. Podría fundar con argumentos propios la negativa absoluta en esta cuestión, pero prefiero hacerlo con la jurisprudencia de la misma Cámara de Apelaciones de la Capital.

“Siendo independientes la jurisdicción criminal y la comercial, decía una sentencia del doctor Aguirre, puesto que son regidas por leyes que se diferencian notablemente, desde la materia de que se ocupan hasta los intereses ó relaciones que afectan, la una no puede hacer lo que la otra, y aún cuando exista alguna analogía en los términos de que se sirven para apreciar los hechos sometidos á juicio, la verdad es que tal apreciación reviste un carácter completamente distinto bajo el punto de vista de su alcance jurídico. Es por eso que el código de comercio establece en el artículo 1596 que los *efectos civiles* de la calificación de la quiebra hecha por el Tribunal de Comercio, no sufrirán modificación, cualquiera que fuese el resultado del juicio criminal, y que el código penal (el de Tejedor) sólo admite como *bastante sumario* la calificación de la quiebra hecha conforme al código de comercio, lo que importa decir que uno y otro código prevén el caso de sentencias con alcance legal igualmente diverso.”

El doctor Cortés dijo en su vista fiscal: “Al estudiar esta causa el Fiscal se ha propuesto desde luego, como cuestión previa, si la quiebra para ser clasificada de fraudulenta debía considerarse de igual manera en lo criminal que en lo mercantil á los efectos que determina el

código de la materia, y si la existencia de cualquiera de las causas que según éste bastan para considerar fraudulenta la quiebra debieran también hacerla clasificar de tal en el juicio criminal. Desde luego, encontramos declarado que el juicio de calificación de la quiebra seguido en el tribunal de comercio, viene á servir solamente de sumario en el procedimiento correspondiente al juicio criminal, como también que *el resultado en éste, puede legalmente* ser muy diverso del que hubiere tenido en lo mercantil. Esto consiste no sólo en que en el juicio criminal debe existir completa libertad en la prueba que haya de producirse por parte del reo, que además puede aumentar la que se hubiese rendido en el tribunal de comercio, sino también en que las causales determinadas en el Código de Comercio para clasificar la quiebra de culpable ó fraudulenta, *no serían por sí suficientes en el juicio criminal á menos de resultar evidenciada la culpa ó el dolo del fallido*". En la Cámara se tuvo en cuenta que "con arreglo al Código Mercantil, hecha la calificación, se ordena que se remitan al Juez del Crimen los antecedentes de la calificación, declarándose en el artículo 1591 que los efectos civiles de la calificación son inflexibles, *sea cual fuere el resultado del juicio criminal*, á lo que debe agregarse que es jurisprudencia de los tribunales la que declara inapelable el auto calificativo de la quiebra dictado por el Juez de Comercio; si, pues, no hay recurso contra el auto, sería la contravención más flagrante contra los principios más elementales del derecho que se estableciera como efecto aparejado de la calificación fraudulenta ó culpable la penalidad fijada por el Código respectivo. También se justifica la negati-

va con sujeción á lo que dispone el Código Civil, según el cual la sentencia civil no pasa en autoridad de cosa juzgada en lo criminal, pues son distintos los objetos que se persiguen en una y otra jurisdicción". Este voto del doctor Barra, fué aceptado por los doctores Ortiz, Bunge y Benites (1). Si la decisión en la cuestión prejudicial debe tener la autoridad de la cosa juzgada, y si la calificación de la quiebra no tiene tal autoridad en lo criminal, ¿con qué lógica puede sostenerse que la calificación de la quiebra deba ser una cuestión prejudicial? El Código Civil ha podido declararlo así en el supuesto de que existiera realmente cosa juzgada en la decisión de un tribunal para la decisión de otro; pero no hubiera ocurrido al eminente jurisconsulto que lo redactó hablar de decisión de cuestión prejudicial que no tenga autoridad de cosa juzgada para el juicio principal, lo que es verdaderamente un contrasentido jurídico.

815. Se ha visto que la calificación hecha por el Tribunal de Comercio no influye en la decisión de la jurisdicción penal. Otra cuestión es esta: los casos en que la ley mercantil vigente aún, declara culpable ó fraudulenta la quiebra ¿impondrán la calificación en lo penal? O en otros términos: el Juez del Crimen, al imponer la pena al quebrado *fraudulento* ó *culpable* ¿deberá atenerse exclusivamente á lo que el Código de Comercio entiende por aquellas calificaciones? La Cámara de Apelaciones de la Capital en la sentencia citada en el número precedente, entiende que "sólo son punibles los quebrados cuando los antecedentes que hayan determina-

(1) *Jurisprudencia criminal y comercial*, tomo 6º, página 358.

do su calificación de culpable ó fraudulenta, *entran de lleno en el dominio de la ley penal*". El juez de primera instancia se había pronunciado ya en el mismo sentido: "en el juicio criminal débese investigar y juzgar únicamente respecto de la culpabilidad ó inculpabilidad de los actos que precedieron á la insolvencia, *sin que por esto pueda decirse con propiedad que se califica la quiebra con arreglo á las leyes comerciales para aplicar en seguida la pena del derecho criminal*"; y en cuanto á la vista del doctor Cortés, ya se ha observado que decía que "las causales determinadas en el Código de Comercio para clasificar respectivamente la quiebra de culpable ó fraudulenta, *no serían por sí suficientes en el juicio criminal, á menos de resultar evidenciada la culpa ó el dolo del fallido*". Esta conclusión no está desprovista de fundamento por más que no pueda en manera alguna considerársela indiscutible. La imposición de penas está subordinada, independientemente del hecho material constitutivo del delito, ó además de él, á las circunstancias que determinan la responsabilidad criminal, con respecto á la intención del agente. Muchas de las circunstancias que en la ley mercantil bastan para la calificación de la quiebra, lo son de hecho ó puramente materiales. Aun admitiendo que las calificaciones de la ley comercial deban considerarse como definiciones de delitos, me parece imposible desconocer que no presentarían sino uno de los elementos del hecho punible, el elemento material. Suponiendo que esas mismas definiciones estuvieran escritas en el Código Penal, es evidente que el castigo por la quiebra fraudulenta no procedería si en algún caso se demostrase la ausencia de toda intención

dolosa, y no procedería el de la quiebra culpable si apareciera no haber subjetivamente culpa ó imprudencia, según la ley penal. Puédese, sin embargo, argumentar contra esta conclusión que, por la especialidad de la materia, importaría una derogación de las reglas generales de lo penal todo cuanto pudiera encontrarse en ellas en oposición con las de la ley mercantil: que la identidad de denominaciones adoptadas por el Código Penal y el Comercial, denotan la referencia á un hecho único que el primero no ha definido porque ya lo estaba en el segundo: en suma, que aunque el Código Penal no haga referencia alguna al de Comercio, debe entenderse que la pena se impondrá en los casos previstos en éste, como expresamente lo consignan las leyes francesa, belga, española, etc.

816. Esta cuestión se ha simplificado con la reforma del Código de Comercio, en que se ha suprimido la calificación de la quiebra. El nuevo código se limita á determinar los hechos que pueden constituir *indicios* de culpa ó de fraude (1), y las medidas que deben tomarse en consecuencia de esos indicios.

Con arreglo á la nueva ley de comercio, el juicio de calificación ha desaparecido como tal, pero se ha consignado otras disposiciones relacionadas con la materia penal, que conviene examinar.

Al síndico de la quiebra se le impone la obligación de formular un informe detallado sobre las causas de la quiebra, teniendo presente el resultado de los balances, el estado de los libros y la naturaleza de las operacio-

(1) Artículos 1541 y siguientes.

nes llevadas à cabo por el fallido, la índole de las enagenaciones realizadas por él, ocultaciones, simulaciones y demás circunstancias necesarias para inducir la casualidad, culpabilidad y fraude que hayan podido actuar en el estado de quiebra (1).

Si de este informe del síndico resultaren indicios de culpa ó fraude, el Juez mandará remitir un testimonio de la parte pertinente de aquel informe y de los demás antecedentes y justificativos del caso al Juez competente, que lo será el del Crimen. (2)

817. ¿Con qué criterio el Juez de Comercio estimará que hay indicios de culpa ó de fraude?

Respecto de la quiebra culpable, el Código de Comercio dispone que se tenga presente los hechos y circunstancias siguientes: 1° si el fallido ha sido declarado nuevamente en quiebra sin haber cumplido las obligaciones de un concordato precedente; entendiéndose para este efecto cumplidas estas obligaciones siempre que el fallido hubiere pagado dividendos que alcanzaren al setenta y cinco por ciento de la deuda total; 2° si ha contraído por cuenta ajena, sin recibir valores equivalentes, compromisos que se juzguen demasiado considerables con relación á la situación que tenía cuando los contrajo; 3° si no se ha presentado en quiebra en el tiempo y en la forma establecidos por la ley; 4° si se ausentase ó no compareciese al tiempo de la de-

(1) Artículo 1442.

(2) Ib., artículo 1541. La remisión de estos antecedentes al juez del crimen, no demuestra la prejudicialidad de la acción, desde que no está mandado de ninguna manera que el Juez del Crimen no pueda proceder sin tener tales antecedentes.

claración de la quiebra ó durante el progreso del juicio ; 5° si los gastos personales del fallido ó de su casa se considerasen excesivos con relación á su capital y al número de personas de su familia ; 6° si hubiese perdido sumas considerables al juego ó en operaciones de agio ó apuesta; 7° si con el propósito de retardar la quiebra hubiese revendido á pérdida ó por menos del precio corriente efectos que hubiese comprado al fiado en los seis meses anteriores á la declaración de la quiebra, cuyo precio se hallase todavía debiendo; 8° si con el mismo propósito hubiese recurrido en los seis meses anteriores á la declaración, á tomar dinero prestado, descontando su firma ó valiéndose de otros medios ruinosos de procurarse recursos; 9° si después de la cesación de sus pagos hubiese pagado á algún acreedor con perjuicio de los demás; 10° si constase que en el periodo transcurrido desde el último inventario hasta la declaración de la quiebra hubo época en que el fallido estuviese en débito por sus obligaciones directas de una cantidad doble del haber que le resultaba según el mismo inventario; 11° si no hubiese llevado con regularidad sus libros en la forma determinada por la ley; 12° si no hubiere cumplido con la obligación de registrar las capitulaciones matrimoniales ú otras obligaciones de propiedad de la mujer.

En estos casos lo que la nueva ley hace no es declarar de pleno derecho culpable la quiebra producida, sino subministrar un criterio al que concurrirán también otros elementos, tales como la conducta del fallido en el cumplimiento de ciertas obligaciones impuestas por la ley, el resultado de los balances que se formen de su

situación mercantil, el estado en que se encuentren los libros de su giro; la relación que haya presentado sobre las causas de la quiebra y lo que resulte de los libros, documentos y papeles sobre el origen de aquélla y las demás circunstancias que resulten de las pruebas que se produzcan al efecto (1).

818. Atendiendo á estas mismas circunstancias generales, la quiebra se *reputará* fraudulenta en los casos siguientes: 1º si se descubriese que el fallido ha supuesto gastos ó pérdidas, ó no justificare la salida ó existencia del activo de su último inventario y del dinero ó valores de cualquier género que hubiesen entrado posteriormente en su poder; 2º si ocultase en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, efectos ú otra cualquier clase de bienes ó derechos; 3º si hubiere contraído deudas ficticias, otorgado escrituras simuladas ó se hubiere constituido deudor sin causa, ya sea por escritura pública ó privada; 4º si verificare enagenaciones simuladas de cualquier clase que sean; 5º si hubiese consumido y aplicado á sus negocios propios, fondos ó efectos que le hubieren sido confiados en depósito, mandato ó comisión, sin autorización del depositante, mandante ó comitente; 6º si hubiese comprado bienes de cualquier clase en nombre de tercera persona; 7º si después de haberse hecho la declaración de quiebra hubiese percibido y aplicado á sus usos personales, dinero, efectos ó créditos de la masa, ó por cualquier medio hubiese distraído de ésta alguna de sus pertenencias; 8º si no hubiese llevado los libros que indispensablemente debe

(1) Artículo 1551.

tener todo comerciante, los hubiere ocultado ó los presentase truncados ó falsificados (1).

819. Conviene advertir que la concurrencia de cualquiera ó de varias de las circunstancias expresadas bastará para que se tenga por existente la presunción legal del fraude, presunción que no podrá valer contra lo que resulte de la prueba sobre la intención en cada uno de aquellos casos. De otra manera ni tendría objeto la reforma del texto legal, que dice *se reputará fraudulenta*, donde antes decía *es fraudulenta*, ni valdría la expresa sujeción del artículo 1547 al 1551.

820. La misma ley *considera* cómplices de quiebra fraudulenta: 1º á los que se hubieren confabulado con el fallido haciendo aparecer créditos falsos ó alterando los verdaderos en cantidades ó fechas; 2º á los que de cualquier modo hubiesen cooperado para la ocultación ó sustracción de bienes, sea cual fuere su naturaleza, antes ó después de la declaración de quiebra; 3º á los que ocultaren ó rehusaren entregar al síndico, bienes, créditos ó títulos que tengan del fallido; 4º á los que después de publicada la declaración de quiebra admitieren cesiones ó endosos particulares del fallido; 5º á los acreedores, aunque sean legítimos que hicieren conciertos con el fallido en perjuicio de la masa, y 6º á los corredores que interviniesen en cualquiera operación mercantil del fallido después de declarada la quiebra (1).

821. Todo lo que la ley comercial consigna en los artículos que dejo expuestos no importa calificaciones penales ó definiciones del delito.

(1) Artículo 1546.

(2) Artículo 1547.

Así aparece del texto mismo de la ley y de la forma de redacción adoptada. Es también en este sentido que debe entenderse las siguientes palabras del informe de la Comisión: "Hemos dejado, de la ley vigente, todas las disposiciones relativas á los caracteres que la quiebra puede revestir para dar al Juez de Comercio los elementos necesarios á inducir la existencia de la culpa ó fraude y al Juez del Crimen *las bases que han de servir de fundamento* á su fallo en la calificación del delito, ya que estos delitos no existen con la amplitud necesaria en la legislación penal". Estas *bases* son para lo penal verdaderas presunciones *juris*, que autorizarán el procedimiento criminal, pero que no bastarán contra lo que de la prueba de la causa aparezca sobre inculpabilidad del procesado.

822. Excepcionalmente la ley no ha sufrido modificación alguna en lo referente á las quiebras de los corredores, que "se reputarán siempre fraudulentas, *sin admitirse excepción en contrario*, siempre que se justifique que el corredor hizo por su cuenta, en nombre propio ó ajeno, alguna operación mercantil, ó que se constituyó garante de las operaciones en que intervino como corredor, aún cuando la quiebra no proceda de esas causas". Las quiebras de los corredores tienen que ser miradas con especial severidad por estarles prohibido el ejercicio del comercio. Los corredores que ejercen el comercio se encuentran en estado de infracción á la ley mercantil; y es indudable que aun dentro de las reglas del derecho penal, su quiebra importará siempre una culpa grave, de conformidad á la disposición del inciso 4º del artículo 16. La sujeción de la ley penal á la calificación de

fraudulenta que el Código de Comercio impone á la quiebra de los corredores, podrá en algunos casos presentar esta particularidad : una quiebra *fraudulenta, sin fraude*. La dificultad subsiste, pues, á este respecto en los mismos términos en que la he enunciado en el número 815. Si la ley comercial ha entendido crear una presunción *juris et de jure*, queda por decidir si esta presunción tiene tal carácter sólo á los efectos puramente civiles, ó si vale aún para los penales.

823. Para la solución afirmativa de la cuestión planteada en el número precedente median consideraciones que la autorizan por vía de excepción, en presencia de la nueva ley mercantil. Esta no dice refiriéndose á la quiebra en general, que deba ser de pleno derecho culpable ó fraudulenta, cuando medien tales ó cuales circunstancias de hecho : establece indicios ó presunciones *juris* que podrán quedar sin efecto según las pruebas en contrario que aparezcan en el juicio definitivo que se siga para la imposición de la pena. Respecto á la quiebra de los corredores, conserva una calificación, con la misma fórmula de *sin admitir excepción en contrario*. Esta excepción que á la vez justifica aquella regla, demuestra que en el artículo en cuestión el Juez del Crimen tiene algo más que una *base* para el fundamento de su fallo ; puesto que es la definición de un delito. Puede censurarse, en este punto, la ley que crea una presunción *juris et de jure* en el derecho penal totalmente incompatible con los principios que rigen la responsabilidad criminal.

824. El artículo 200 impone pena de uno á tres años al deudor que maliciosamente niegue la deuda, al que se

alce con sus bienes, los oculte maliciosamente ó simule créditos en fraude de sus acreedores, y al deudor ó fiador que al contraer sus respectivas obligaciones presenten como bienes responsables los que no pueden ser gravados, ú oculten ó callen sus gravámenes. Si las deudas no llegan á quinientos pesos la pena es de arresto por tres meses á un año.

825. Estas disposiciones se refieren á hechos cuya incriminación sólo puede fundarse en la circunstancia de ser dirigidos á *defraudar*. Su verdadera colocación estaría, pues, en el capítulo *de las estafas y otras defraudaciones*.

CAPÍTULO XXIII

DE LAS ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES

(Artículos 202 á 207)

826. Consideraciones generales. — 827. Dificultad para determinar todos los medios de apropiación de lo ajeno. — 828. Doctrina del dolo civil y dolo criminal; su exámen. — 829. Cómo puede omitirse toda distinción. — 830. Elementos del dolo según el Código Civil. — 831. No puede asegurarse que sean los mismos que la ley penal entiende reprimir. — 832. La defraudación es género de delito; la estafa una especie. — 833. Disposiciones legales sobre la estafa. — 833. Observación sobre la redacción del artículo 202. — 835. Elemento material de la estafa. — 836. El nombre supuesto, la calidad simulada y el falso título pueden constituir á la vez falsedad. — 837. Apariencia de bienes, crédito, negociación, etc.—838. Diversas formas de defraudación enumeradas en el artículo 203. — 839. Su carácter común. — 840. Casos caracterizados por el abuso de confianza. — 841. Delito de los que niegan haber recibido, se apropian ó distraen dinero ó efectos confiados en comisión, etc. — 842. Interpretación del código español sobre este punto. — 843. Diferencia con nuestro texto. — 844. Circunstancia esencial á la existencia de aquél delito. — 845. Cuándo se entenderá que hay defraudación en él. — 846. Distinción importante. — 847 Abuso de firma en blanco. — 848. Sus

elementos: abuso de firma: — 849. Entrega de la firma en blanco. Qué se entiende por tal. — 850. Su analogía con la adulteración de un documento — 851. La defraudación es esencial. — 852. Negativa á restituir la cosa ajena, que se hallare perdida. — 853. Fraude en escritura pública y abuso de confianza. — 854. Sustracción de la cosa propia legítimamente en poder de otro. — 855. Criterio adoptado para la penalidad. — 856. Delito del que vende como libres bienes litigiosos. Error notable del texto del Código. — 857. Abuso de debilidades de un menor. — 858. Motivos de esta incriminación en la legislación extranjera. — 859. No existen en nuestra legislación. — 860. Análcgas observaciones sobre el abuso en contrato con un menor. — 861. Fraude en las subastas públicas. — 862. Venta del objeto recibido en prenda.

826. El ánimo del lucro es uno de los más poderosos estímulos de la actividad humana, y por él podría explicarse el enorme desarrollo de las industrias y del comercio en las épocas de civilización y de cultura que alcanzamos. El hombre siente la necesidad de ser previsor, de resguardarse contra las inclemencias de la miseria, de procurar al núcleo social que constituye la familia y á su descendencia la seguridad que nace de la posesión cuantiosa de bienes. Pero no se limita á este propósito su tendencia á la ganancia, que si tal hiciera, la economía, el ahorro, sería su condición característica y su modo de ser más común. En la época actual y en el medio en que vivimos, ni es común el ahorro, ni se tiene solamente en mira la previsión de lo futuro. Nuevas costumbres, nuevos hábitos, nuevos gustos, numerosas invenciones de la industria, crean nuevas necesidades cuya propagación se extiende merced á la vanidad de que no sólo está poseído el cuervo de la fá-

bula, sino que es condición inherente á la naturaleza humana.

La satisfacción de tantas necesidades ficticias estimula y acrecienta la avidez del lucro, á extremos en que no basta en general el producto del trabajo paciente y moderado, produciéndose en la sociedad una fiebre desordenada de ganancias que llega á perturbar profundamente la economía general del Estado. La noción de la pureza de los medios para alcanzar el fin propuesto se confunde, y sólo esforzando el pensamiento para mirar de lo alto lo que rastrea la tierra, es que puede verse claramente y distinguir con toda precisión el límite en que una especulación deja de llamarse negocio, comercio, para tomar el nombre de estafa ó defraudación. En el torbellino de esta vida de especulación, especialmente en las grandes ciudades, no es posible ya exigir de los hombres que en cada caso levanten su espíritu para aclarar perfectamente la índole moral del acto civil ó comercial en que intervienen. Es en consecuencia de este hecho social que los casos de incriminación de la estafa son poco frecuentes no obstante ser limitado el número de los actos que resistirían á un severo análisis moral. No hay procesos por las grandes defraudaciones, no obstante que se produzcan alteraciones profundas en el precio de los títulos de crédito de las sociedades anónimas y todos conozcan y sepan que con la ruina de muchos se ha labrado la fortuna de unos pocos; no hay procesos por maquinaciones que alteren el precio de las cosas, aunque para forjarlas se recurra á los medios más inmorales. La grande estafa, la grande defraudación, está fuera del alcance de la justicia, salvo en algún caso

extraordinariamente raro en que haya sido víctima uno solo ó pocos, con medios para obtener el resarcimiento. La estafa punible viene á ser, pues, por virtud de la costumbre, la que comete el miserable sin posición social, sin profesión lícita conocida, que se vale de un ardid cualquiera para obtener los recursos con que subvenir á las más premiosas necesidades. Las demás, ó se sustraen totalmente á la acción de la justicia, ó los damnificados procuran solamente la indemnización por los medios civiles.

827. Las formas que puede asumir el medio de obtener un lucro ilícito han sido en todo tiempo tan variadas que con la más completa razón dijo el sabio legislador de las Partidas que no podría el hombre contar de cuantas maneras hacen los hombres engaños los unos á los otros, por lo que se limitó á poner algunos ejemplos que sirvieran á los jueces para conocerlos (1). Hoy como entonces, es imposible determinar á qué astucias recurre el ingenio del hombre para obtener la apropiación de lo ajeno, sin la violencia que caracteriza el robo, y la mera falta de voluntad del poseedor, que puede ser condición del hurto.

828. Pero no solamente se preocupa la doctrina de distinguir este delito de sus congéneres los demás atentados contra la propiedad inspirados por ánimo de lucro, sino que se detiene á determinar una distinción entre ciertos actos de defraudación que no deben tener otra sanción que la de las leyes civiles, y los actos de defraudación que pueden fundar una imputación penal.

(1) Ley 7ª, título 16, Partida 7ª.

Chauveau y Hélie distinguen dos especies de dolo á que denominan el *dolo civil* y el *dolo criminal*, comprendiendo en el primero en general todas las astucias y todos los artificios que por vituperables que sean, son empleados, sin embargo, menos con el propósito de perjudicar á otro que con el designio de servir los propios intereses. “Es en esta clase, dicen, que debe colocarse los actos simplemente engañosos, la simulación en los contratos, la exageración en el precio ó en las calidades de la cosa vendida. La ley penal no alcanza á esta especie de dolo, no obstante su inmoralidad, no solamente porque es facil defenderse de él, sino porque toda tentativa de represión perjudicaría la seguridad de las convenciones. El dolo criminal no se manifiesta simplemente por la simulación y la astucia; emplea maniobras culpables, tiende lazos, trata de rodear, de engañar; no tiene sino un fin: perjudicar los intereses de otro” (1). Pero, en mi opinión, esta distinción no tiene en vista sino un criterio de grado en la gravedad del dolo, ó no entendemos referirnos á la misma cosa al hablar de dolo *civil*. Hay dolo según los civilistas, en toda especie de artificio de que alguien se sirva para engañar á otro. El dolo vicia el consentimiento y anula la convención cuando las maniobras practicadas por una de las partes son tales que es evidente que sin estas maniobras, la otra parte no hubiera contratado. Todo esto, como observa Laurent, es muy indeterminado, pues queda siempre como cuestión de conciencia precisar cuándo existe aquella evidencia (1). Pero, resuelta esta cuestión de hecho, existirá ó

(1) *Théorie du code pénal*, número 1191.

(2) LAURENT. *Principes de droit civil*, tomo 15, página 599.

nó el dolo que vicia el consentimiento. ¿Deberá llamarse *dolo civil* al que no vicia el consentimiento? No hay por que calificarlo. Un hecho sin consecuencias jurídicas es indiferente fuera de las especulaciones de la moral, cuyo límite es distinto de las del derecho. El engaño que basta para viciar el consentimiento y anular el contrato, constituye un fraude que no puede distinguirse del fraude incriminado.

829. Se dirá que hay peligro en imputar como delito todo fraude previsto por la ley civil. Habría peligro, en efecto, en declarar fraudulento todo engaño; pero lo mismo lo habría para los efectos civiles que para los penales. Si el más pequeño engaño, la más simple disimulación de lo verdadero, fuera causa suficiente para anular un acto jurídico, sería totalmente imposible dar estabilidad á las convenciones. La ley civil debe cerrar los ojos ante los pequeños engaños ó exageraciones que son indispensables á la contratación, especialmente á la mercantil. ¿Qué sería del comercio si no fuera lícito ponderar las buenas condiciones de la cosa que se vende ó se alquila, sin pasar los límites en que la exageración del vendedor se equilibra racionalmente con la prevención del comprador? ¿Acaso no pueden tener aquellos muchas veces por objeto quitar al segundo una desconfianza infundada? No hay, pues, peligro en identificar el dolo civil al dolo criminal, cuando se coloca uno y otro en términos racionalmente justos y verdaderos.

830. Según nuestra ley civil, es nulo el acto jurídico practicado con los vicios de dolo, simulación ó fraude, y define la acción dolosa, en general, “ toda aserción de lo que es falso ó disimulación de lo verdadero; cualquier

artificio, astucia ó maquinación". Pero, para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto, requiere la reunión de las cuatro circunstancias siguientes: 1ª que el dolo haya sido grave; 2ª que haya sido causa determinante de la acción; 3ª que haya ocasionado un daño importante, y 4ª que no haya habido dolo por ambas partes. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia ú ocultación dolosa. Si el dolo, acción ú omisión, no fué causa eficiente del contrato no afectará la validez del acto (1). Es, en mi opinión, con estas mismas condiciones enunciadas por la ley civil, que podría surgir la imputabilidad penal.

831. Pero de que se haya tenido el propósito de referirse en la ley penal al mismo hecho que motiva la disposición del Código Civil, no tengo seguridad suficiente que me autorice á una afirmación. Aunque el Código Penal castiga la defraudación por cualquier ardid ó engaño, no lo hace por una definición general, sino enumerando diversas formas y medios de cometer la defraudación. Otra cosa creo que podría afirmarse si hubiera usado términos tan generales como los que emplea el código italiano: cualquiera que con artificios ó rodeos propios para engañar la buena fé de otros, se procura á sí mismo un injusto provecho en perjuicio ajeno, será castigado con reclusión, etc. (2).

832. Para nuestro Código, la defraudación es un género de delitos de que la estafa es una especie particular. Otro tanto ocurría en el código Tejedor, y convendrá te-

(1) Artículos 954, 931, 932, 933 y 934 del Código Civil.

(2) Artículo 413.

ner presente esta observación para la aplicación de la doctrina extranjera á los casos que se produzcan bajo nuestra ley. “ Nuestro Código Penal, decía un juez de la Cámara de Apelaciones de la Capital, no ha encontrado en la estafa, el abuso de confianza y demás defraudaciones, sino formas diferentes de una sola infracción, la cual consiste siempre en la apropiación de lo ajeno por medio del fraude, esto es, de la defraudación, ya sea que este fraude se sirva de arterias ó maniobras capaces de ofuscar la más fina y atenta sagacidad, ya consista en una mera superchería de que sólo pudiera ser víctima un cretino; quizás porque la ley, que debe protección á todas las personas, la debe más especialmente á los más débiles de cuerpo ó de espíritu y porque la astucia no es tal si no se le pone en relación con los alcances intelectuales de la víctima. La estafa y el abuso de confianza suponen una posesión legítima inicial, y la infracción penal versa directa ó indirectamente sobre la propiedad, invirtiendo el título con que se poseía: mientras en el fraude hay una extorsión moral, se hace violencia sobre la voluntad por medio del dolo para obtener simultáneamente la posesión y la propiedad. Pero estas infracciones difieren poco en el fondo y en sus resultados. Son manifestaciones de un mismo agente ó impulsión: el fraude con un único objetivo, desapropiación, sin violencia, en beneficio propio; razón por la cual todos los Códigos le imponen la misma penalidad ” (1). Estas conclusiones son exactísimas y tienen su más completa confirmación en la forma en que ha sido redactada la ley.

(1) Voto del Dr. Benites en la causa de Jorge Stump, *Jurisprudencia criminal y comercial*, tomo 4º, página 399.

833. Entrando ahora al examen particular de las disposiciones del capítulo del Código Penal que son materia del presente, creo en primer término que la calificación especial de estafa, que hace la ley, se refiere á los casos legislados por el artículo 202, aunque en él no se haya empleado aquella palabra. Por su disposición se impone castigo á todo el que con nombre supuesto, calidad simulada, influencia mentida ó falsos títulos defraude á otro, aparentando bienes, créditos, comisión, empresa, negociación, ó valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid ó engaño.

834. Es de advertir que así en el código español de 1850 como en el de 1870, con las mismas palabras que usa nuestro artículo, mejor ordenadas, se ha dado una redacción más correcta. Se comprende que tanto el uso de un nombre supuesto ó de una calidad simulada, como la apariencia de bienes que no se tiene, son meros ejemplos de ardidés ó engaños que pueden servir de medio para una defraudación. Han debido, pues, todos ellos, preceder ó seguir á la idea de defraudación enunciada en el período, y no estar divididos por ella de modo que con el uso del gerundio *aparentando*, que indica un modo de ser de alguna de las circunstancias anteriores, resulte que la apariencia de bienes ó créditos por medio de la cual se defraude á otro, no constituya estafa si á la vez no se ha empleado calidad simulada, nombre supuesto ó falsos títulos. La redacción sería más correcta diciéndose: todo el que defraude á otro empleando nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos ó influencia mentida, ó aparentando bienes; ó la equivalente del artículo 327 del proyecto Villegas, Ugarriza y García.

835. En el artículo citado se contiene la enumeración de los medios por los cuales se puede cometer la estafa. El elemento material del delito aparece expresado por las palabras *defraude á otros*. Corresponden aquí las mismas observaciones enunciadas con motivo de la determinación del momento consumativo del robo ó del hurto. La defraudación de la estafa queda consumada desde el momento en que se opera la tradición material de la cosa; pues, para la imputabilidad no debe atenderse á que el delincuente haya logrado el propósito de la adquisición definitiva. En la especialidad de las estafas y defraudaciones puede ocurrir que el delincuente se proponga obtener un título á la adquisición de la cosa. La entrega del título translativo ú obligatorio perfecciona en ese caso el delito. Así, ha sido juzgado en Bélgica que comete delito consumado de estafa el que titulándose falsamente destinatario de mercaderías y empleando maniobras fraudulentas, se hace entregar el *conocimiento* de esas mercaderías, en atención, decía la Corte de casación, á que siendo el conocimiento, para el tenedor, un título á la entrega y á la posesión de las mercaderías á que se refiere, su entrega y la de las mercaderías en sí mismas son dos hechos que se identifican (1).

836. Las primeras circunstancias enunciadas como medios de perpetrar una estafa, son el nombre supuesto, la calidad simulada ó el falso título. Estos hechos pueden á la vez entrar bajo la definición de la falsedad en general, y ello resulta manifiesto de los términos del artículo 293 que prevé la falsedad que se cometa supo-

(1) NYPELS, *Code pénal interprété*, tomo 4º, página 372.

niendo, alterando ú ocultando maliciosamente la verdad, y con perjuicio de tercero, por palabras, escritos ó hechos, usurpando nombre, calidad ó empleo que no le corresponda. En el derecho francés se distingue el crimen de falsedad del de estafa por los medios enunciados, cuando el nombre supuesto ó la calidad simulada se ha usado por escrito, considerando procedente la calificación de falsedad cuando el acto en que está consignada puede producir una obligación cualquiera y causar perjuicio á otro, ó cuando el acto está destinado á constatar los hechos consignados en él. Se considera que sólo constituye un medio de estafa el acto que no encierra ni obligación ni descargo ni convención, ni disposición de cualquier otra naturaleza que pueda herir á terceros, y que por sí mismo carece de valor para constatar los hechos enunciados (1). Si se atiende á la redacción de nuestro artículo 293 que he citado, se verá que es condición esencial de la calificación de estafa que el delito se cometa con perjuicio de tercero. Siendo ese perjuicio de tercero un requisito indispensable de la falsedad, la falsa afirmación y el lucro obtenido por ella constituyen un delito único é indivisible, y no la concurrencia de dos delitos diversos, uno de estafa y otro de falsedad. Esta doctrina fué definitivamente establecida en la jurisprudencia española por sentencia del Tribunal Supremo. En una causa en que resultaba probado que el acusado fingió la letra y firma de una tercera persona, suponiendo una carta orden para que por cuenta de ésta se le

(1) NYPELS, *obra citada*, tomo 3º, página 375; CHAUVEAU Y HÉLIE, *Théorie du code pénal*, número 2196.

pagase una cantidad, lo que se realizó á la presentación de dicha orden, la Audiencia de Barcelona declaró que el hecho ejecutado constituía á la vez el delito de falsedad de documento privado y el de estafa; pero el Tribunal Supremo casó la sentencia declarando que, según la definición legal, para la falsificación de un documento privado constituye un requisito indispensable el que se haya ejecutado con perjuicio de tercero, y por consiguiente el daño y lucro que provengan por este medio están íntimamente unidos con la falsedad de la que son inseparables, formando un mismo y único hecho penable, el de falsedad, y no un delito de falsedad cometido como medio de un delito de estafa. Viada agrega que con esta resolución se ha puesto término á la jurisprudencia de antiguo admitida de considerar dos delitos allí donde en realidad no hay más que uno solo, pues que la defraudación ó perjuicio constitutivos de la estafa los ha tenido ya presente el legislador al describir y penar el delito de falsedad (1).

837. La apariencia de bienes, créditos, comisión, empresa, negociación ó empleo de cualquier otro ardid ó engaño, que constituye la segunda parte de la enumeración del artículo 202, es lo que en derecho francés se conoce con la designación de *maniobras fraudulentas*, términos menos precisos que nuestra enumeración. La doctrina ha interpretado que *las maniobras* son los medios empleados para sorprender la confianza de un tercero, que esta expresión supone cierta combinación de hechos, una maquinación preparada con mayor ó me-

(1) VIADA, *Código penal reformado de 1870*, página 751.

nor habilidad, una trama urdida con más ó menos arte; y que las palabras artificiosas, las alegaciones mentidas, las promesas aisladas de todo hecho exterior, no constituyen *maniobras*, siendo, pues, necesario un acto cualquiera destinado á apoyarlas y darles crédito (1). Creo que el mismo alcance debe darse al término *aparentando* de nuestra ley, que indica dar apariencias, poner de manifiesto un hecho cualquiera que puede inducir la idea de que efectivamente tendrá tal ó cual consecuencia.

838. Se ha visto ya que de los elementos que enuncia el artículo 202 como constitutivos de la estafa resulta que ésta es sólo un género¹ de defraudación.

especie.

Si se revisa los catorce incisos del artículo 203 se verá que enumera otras tantas maneras de defraudación, con excepción de los casos enunciados en los incisos 6, 9 y 11 de que hablaré después. Cometen delito los que *defraudan* en la sustancia, calidad ó cantidad de las cosas que se les entreguen en virtud de un título obligatorio; los plateros, joyeros ó prenderos que *defraudan* alterando la calidad, ley ó peso de los metales en las obras que vendiesen ó se les hubiese confiado, ó cambiando los diamantes ú otras piedras preciosas con falsos ó de inferior calidad, ó vendiendo perlas ó piedras falsas por finas; los comerciantes y traficantes que *defraudan* al comprador, vendiendo como de oro, plata ú otro metal fino, objetos que sean de distinta materia ó ley; los que hagan uso de pesas ó medidas falsas; los que *defrauden* con pretexto de supuesta remuneración á los jueces ú otros empleados públicos; los que *defrauden*, haciendo suscribir con engaño

(1) CHAUVEAU Y HÉLIE, obra citada, número 2203.

algún documento, los que cometan alguna *defraudación* abusando de firma en blanco, extendiendo algún documento, en perjuicio del mismo que la dió ó de tercero, los que cometan el *fraude* en escritura pública ó abusando de la confianza que en ellos se hubiese depositado; el que otorgare en perjuicio de otros un contrato simulado ó falsos recibos; los comisionistas que cometiesen *defraudación* alterando en sus cuentas los precios ó las condiciones de los contratos, suponiendo gastos ó exagerando los que hubiesen hecho; los que cometan *defraudación* sustituyendo, ocultando ó mutilando algún proceso, expediente, documento ú otro papel importante.

839. Todos estos casos son otros tantos ejemplos de la idea de defraudación en todos ellos enunciada sin estar definida en ninguno, pero cuyos elementos he mencionado al preocuparme de estudiar las distinciones entre el dolo civil y el dolo criminal. En la defraudación hay siempre engaño que produce perjuicio para uno y beneficio para otro.

840. La circunstancia del artificio ó engaño no aparece en las disposiciones de los incisos sexto, octavo, noveno y undécimo aunque en el segundo de ellos se haya usado la palabra defraudación. No es por medio del engaño que se cometen los delitos en ellos enunciados, es por el abuso de confianza, por la violación de la fê depositada, que llega á cometerse, empleándose ó nó algún artificio tendente á asegurar el aprovechamiento del delito, pero que no es su carácter distintivo. En la legislación francesa y belga estos hechos caen bajo la calificación especial de abusos de confianza.

841. La disposición del inciso 5º es de la mayor impor-

tancia. Según ella incurren en las mismas penas de la estafa los que en perjuicio de otros *nieguen haber recibido*, ó se *apropien* ó *distraigan* dinero, efectos ó cualquier otra cosa mueble que se les hubiese dado en depósito, comisión, administración ú otro título que produzca obligación de entregar ó devolver.

Es fuente de esta disposición el artículo 452 del código español de 1850, redactado en la forma siguiente: los que en perjuicio de otro se apropiaren ó distrajeren dinero, efectos ó cualquier otra cosa mueble que hubiesen recibido en depósito, comisión, administración ó por otro título que produzca obligación de entregarla ó devolverla. Esta misma redacción se conserva en el código español de 1870.

842. Del empleo de los artículos agregados á los infinitivos *entregar* ó *devolver*, se argumenta con razón en el mismo código que se trata de entregar ó devolver la misma cosa recibida, no otro tanto de la misma especie y calidad. En consecuencia de este argumento se resuelve, aplicando el código español, que el que niega haber recibido ó no devuelve una cantidad que se le dió en préstamo, no será responsable del delito de que se trata. Viada opina que no viniendo obligado el mutuario á restituir *la cosa que recibió* en virtud del contrato sino á devolver otro tanto del mismo género, no puede ser criminalmente perseguido en virtud de este artículo y número, por su falta de cumplimiento al contrato, ni por el hecho de negar haber recibido la cosa, pues es evidente que en la disposición de aquél sólo están comprendidos aquellos contratos como el depósito, la comisión ó administración y demás que producen la obligación de en-

regar ó devolver la *misma cosa* que se ha recibido (1). El Tribunal Supremo ha admitido sólo en parte esta interpretación, juzgando que no se comete delito en no devolver la cantidad que se recibió en préstamo, pero que se comete al negarse que se haya recibido, solución que Viada critica severamente por no ajustarse al texto legal (2).

843. Pero, ¿corresponderá la misma solución con nuestro texto? Si toda la argumentación que se hace interpretando el texto del código español, tiene por base el empleo de un artículo determinante que no está en nuestra redacción, no es forzosa la misma conclusión. Basta por nuestro texto que se trate de una obligación de entregar ó devolver la misma cosa ú otra de igual especie ó calidad, puesto que no autoriza la letra ni el espíritu de la ley distinción alguna. Entrego una cantidad de dinero á efecto de que sea administrada en un negocio determinado, bajo contrato en que participo de las utilidades y riesgos de negocio. Un día mi socio me anuncia que ha jugado todo lo suyo y lo mío. Bajo el texto del código español diríamos que no hay delito, porque al entregar yo el dinero para emplearlo en una adminis-

(1) VIADA, *Código penal reformado de 1870*, en el número 5º del artículo 548.

(2) VIADA lugar citado *Cuestión I*, Suplemento I; mismo artículo y número, *Cuestión I* y Suplemento III, id. *Cuestión V*.—En un caso más importante se juzgó aplicable la disposición de que se trata, al hecho de haber dispuesto un escribano de cantidades que le fueron entregadas para el pago de determinadas costas de un juicio, y no haberlo verificado cuando fué judicialmente requerido.—Véase PANTOJA, *Jurisprudencia criminal*, Apéndice 5º, página 411.

tración determinada, transmití la propiedad y el uso del dinero, renunciando á que se me devolviera *los mismos billetes ó las mismas monedas*. Pero por nuestro texto es indiferente que yo haya trasmitido ó nó la propiedad del dinero porque me basta tener en mi poder un título que obligue á mi deudor á devolverme la suma que le entrego, no los mismos billetes. Yo he sido efectivamente perjudicado, he sido defraudado, ha sido burlada mi confianza, se ha abusado de mi buena fé, y no es, ciertamente, una acción semejante la que no constituiría delito por nuestra ley, á que aquélla se ajusta manifiestamente.

844. Se podrá alegar que con esta conclusión habría confusión de la materia civil y de la penal, y que se erigiría en delito toda falta de cumplimiento á una obligación de entregar ó devolver. Pero no hay tal peligro. El artículo pertenece al título de las *estafas* y otras *defraudaciones*; esto en primer lugar. En segundo, que la ley emplea en la redacción del inciso estos términos: *los que en perjuicio de otros*, etc. Era ya necesario por el título genérico del delito que hubiera *defraudación*; la disposición especial agrega que los actos que se ejecuten lo sean *con perjuicio de otros*, lo que me parece esencial á la defraudación misma.

845. La dificultad subsistente desde este momento será la de apreciar qué circunstancias constituirían en este caso la defraudación. Hay designio de defraudar, dice Toullier, cuando el deudor conoce el mal estado de sus negocios, sabe que es insolvente y que el acto que se propone va á aumentar su insolvencia, y sin embargo lo ejecuta: hiere, pues, los derechos de su acreedor, sa-

biéndolo, y por consiguiente, *queriéndolo* (1). Tal entendimiento de la defraudación no difiere del de los criminalistas Chauveau y Hélie, que se resisten á considerar imputable criminalmente el hecho que puede tener suficiente garantía en el derecho civil, distinguen si el mandatario emplea en su uso personal los dineros que le han sido confiados ó si *se los apropia* en perjuicio de su comitente. En la primera hipótesis encuentran una falta de cumplimiento á la ejecución del contrato, pero no un delito: debe el interés de las sumas de que se ha servido, pero no es pasible de pena alguna. Desde que ningún pensamiento fraudulento puede serle imputado, no es más que un deudor moroso que sólo está obligado á reparar el daño que causa. La solución se hace más dudosa si *después de haber empleado las sumas confiadas, el deudor se hace insolvente, pues es más difícil admitir que lo sea de buena fé*. Por regla general, agregan, se puede decir que el deudor debe *conocer su posición* y *saber* que empleando en su uso los dineros que le habían sido confiados, los exponía, y *consumaba su verdadera distracción* (2). El fraude, dice Nypels, es la circunstancia que distingue este delito de la inejecución del contrato: la inejecución no da lugar sino á una acción civil; el fraude, únicamente puede motivar la acción correccional. Así, un mandatario á quien se ha entregado fondos para un empleo determinado, cediendo á una necesidad apremiante los utiliza momentáneamente para sí mismo con la firme resolución de cumplir próximamente su mandato. *Si no*

(1) TOULLIER, *Droit civil français*, tomo 3, numero 349.

(2) *Théorie du code pénal*, numero 2274.

es *insolvente*, si se cree perfectamente en estado de satisfacer las obligaciones del mandato, su acción no es fraudulenta; se le puede reprochar que haya desconocido sus compromisos; pero este olvido momentáneo del contrato no da lugar sino á la acción de daños y perjuicios (1). Boitard piensa que si la insolvencia del mandatario no es debida á causas imprevistas, si pudo pensar que no habia de estar en situación de restituir los valores de que dispuso, si en el momento en que se utilizó de ellos su situación era ya embarazosa, debe deducirse de estas circunstancias ó datos que en aquel mismo momento tuvo intención de apropiarse las cantidades que se le entregaron.

846. La distinción entre el que conoce su solvencia y dispone de la cosa, y la disposición que hace el insolvente, me parece eminentemente racional. Disponer de un depósito de cosa fungible, cuando se está siempre en la posibilidad de restituirla, por condiciones evidentes de solvencia, no es delito, por la falta absoluta de lesión de derecho ajeno; no hay *apropiación* indebida, porque no se apropia de nada el que sustituye cosas fungibles y cumple su obligación con la entrega de cosas de la misma especie y calidad, aunque no sean individualmente las mismas. El insolvente que dispone de lo confiado en depósito, no encontrándose en aptitud de sustituir una cosa por otra, consume una verdadera apropiación indebida cuando le da un giro distinto del que se tuvo en vista al confiarle el depósito. ¿Puede alegar el insolvente su falta de ánimo en causar perjuicio? Aunque así fue-

(1) NYPELS, *Code pénal interprété*, tomo 3°, página 297.

ra, el delito no está aquí en el *ánimo de causar* perjuicio, sino en el perjuicio efectivamente causado, y que conscientemente causó.

847. Constituye otra forma de defraudación sin artificio ni engaño, el abuso de firma en blanco extendiendo algún documento en perjuicio del mismo que la dió ó de tercero.

En el derecho belga el abuso de firma en blanco constituye en todos los casos un delito de falsedad. En el derecho francés se le cuenta entre los abusos de confianza, pero puede constituir, según las circunstancias, un delito de falsedad: y los tribunales españoles, aplicando las disposiciones de su código, análogo al nuestro, han dudado en ciertos casos sobre la calificación procedente al hecho en cuestión. Conviene en consecuencia precisar los caracteres legales del hecho de que se trata.

848. El primer elemento material de este delito consiste en el abuso de firma. Es, pues, indispensable que haya habido entrega de una firma con un fin completamente distinto de aquel á que lo aplicó el delincuente. El simple apoderamiento de un documento firmado no constituiría el abuso, porque, según los términos de la misma definición, es necesario que alguien haya entregado el papel en que se contenga la firma. La circunstancia de que pueda causarse perjuicio á *tercero*, que no aparece en el artículo 407 del código penal francés, no cambia la interpretación de nuestro artículo. Es con la firma del que la entrega que podrá causarse el perjuicio al tercero, por ejemplo, si el que dió la firma tenía capacidad legal para obligarlo.

849. La segunda circunstancia consiste en que se haya

dado la firma en blanco. En este punto la jurisprudencia española ha llegado á distintas conclusiones de la jurisprudencia francesa, siendo sin embargo idénticas las disposiciones legales. En Francia se entiende por firma en blanco la que ha sido dada como tal y con un mandato cualquiera; y así, en un caso en que un individuo á quien se había entregado una petición firmada, escribió una obligación entre la petición y la firma, se juzgó que la firma cuyo abuso se imputaba al procesado, no le había sido dada en blanco, sino puesta al pié de una petición, y que suprimiendo el cuerpo de esta petición había escrito un vale á la orden en el espacio que quedaba entre la petición y la firma; que esta no era verdaderamente una firma en blanco, puesto que fué dada al pié de un escrito; que suponiendo que dicha firma se considerara en blanco, no había sido dada como tal al acusado puesto que no había llegado á serlo sino por la supresión fraudulenta de la petición; por lo que se calificó de falsedad el delito cometido. La jurisprudencia francesa ha sido aún más rigurosa en la aplicación estricta del texto de la ley. La Corte de casación ha decidido en un caso en que el nombre y apellido de una persona había sido entregado á otra á título de dirección, que había delito de falsedad y no abuso de firma en blanco, porque el nombre y apellido no se había entregado como tal al acusado (1). Idéntico caso al primero de los enunciados fué resuelto de diversa manera por el Tribunal Supremo de España; se juzgó que había abuso de firma en blanco en el hecho del que habiendo obtenido de otro la firma al

(1) CHAUVEAU Y HÉLIE, *Théorie du code pénal*, número 2257.

pié de una solicitud, suprimió el texto de ésta, redactando en el espacio en blanco una obligación del que dió la firma (1). En este caso mediaba la circunstancia de que el delincuente había indicado al perjudicado que dejara espacio para otras firmas anteriores á la suya; pero no me parece que baste esta circunstancia para tener por firma en blanco la que no se dá como tal, sino suscrita al pié de un documento.

850. Racionalmente no encuentro que haya una diferencia fundamental y apreciable entre el abuso de firma en blanco con propósito de defraudar y la adulteración de un documento privado hecha con el mismo propósito. Es mi opinión que en todos los casos el fin del delito debe prevalecer para la respectiva imputabilidad, cuando no hiere á la vez intereses de un orden superior. La falsedad en un documento público es un atentado contra un elemento de orden social, y por eso aquellas falsedades en el sistema de nuestro Código están bien colocadas en la segunda sección; pero la falsedad del documento privado no presenta los mismos caracteres; no hay en ella un peligro social sino una lesión de un interés particular, sin más consecuencia sobre el orden público que la que puede tener una estafa cometida por cualquier otro medio. Esta opinión respecto de la ley no alcanza á su interpretación: sobre este particular la del inciso comentado no puede ser otra que la de la jurisprudencia francesa.

851. Otra condición de este delito es la de que haya defraudación, es decir que se cause maliciosamente un

(1) VIADA, obra citada, Suplemento primero, página 238.

perjuicio ó se cree la posibilidad de causarlo. Todo acto que no tuviera este último efecto, aun cuando hubiere sido escrito con intención maliciosa, no constituiría un abuso punible. Así, la suposición de una obligación nula, de un billete no exigible, de una convención sin causa, no constituirían la consumación del delito, aún cuando la nulidad del acto fabricado se debiera á la ignorancia del agente; pues si esta suposición presenta aún en este caso una intención criminal, no ofrece ya el hecho material necesario para constituir delito (1). Surgiría con este motivo la cuestión de si había ó no tentativa en razón de la inidoneidad de los medios empleados, cuestión que generalmente se resolvería en sentido negativo, y respecto de la cual he consignado mi opinión en el lugar respectivo.

852. La negativa á restituir la cosa ajena que se hubiera encontrado perdida constituye otra forma de defraudación en que pueden no intervenir artificios ni engaños. Este hecho podría presentar racionalmente, más bien los caracteres generales del hurto que los de una defraudación. El apoderamiento de la cosa ajena que se halla perdida debe cumplirse siempre con ánimo de restituirla á su poseedor legítimo. Pero la mera intervención del lucro para el caso en que el dueño no fuera hallado, si bien puede ser moralmente reprobada, no puede erigirse en delito, puesto que la posesión continua y pública de la cosa puede ser la fuente de un derecho. La posesión con ánimo de lucro no es imputable sino desde el momento en que es conocido el propietario, y

(1) Véase CHAUVEAU et HÉLIE, *obra citada*, número 2263.

esta falta de simultaneidad en el apoderamiento y en la malicia es lo que distingue esta defraudación del hurto.

853. En el inciso 10 del artículo 203 se contienen en realidad dos disposiciones: sobre fraude en escritura pública y sobre abuso de confianza, en términos generales. El inciso está tomado del proyecto Tejedor, que lo contenía en la misma forma. No se comprende el motivo de esta inclusión, pues el abuso de confianza no podría considerarse concurrente con el fraude en escritura pública, desde que aparecen perfectamente separados por la partícula disyuntiva. Pero conviene tener presente de todas maneras que, por los términos bien generales de aquel inciso, puede ser penada toda defraudación que se haya cometido por medio de cualquier abuso de confianza, no enunciado especialmente en cualquiera de las otras disposiciones legales.

854. En el inciso 11 se prevé la sustracción que cometería el dueño de una cosa mueble de quien la tuviera legitimamente en su poder. Al tratar de los robos y hurtos he considerado que en estos delitos había en rigor un lesión al derecho posesorio, y este es el que aparece violado en el delito previsto en aquel inciso. Podría así tener éste una conveniente colocación bajo el título de hurto. Pero en el texto del inciso se agrega como condición esencial de la imputación la circunstancia de que se cause perjuicio al poseedor legítimo ó á tercero, circunstancia que no es ya un elemento constitutivo del hurto, pues este se consuma con el simple apoderamiento con ánimo de lucro. Será necesario en todos los casos examinar, para la imputabilidad de que se trata, si se ha causado ó no el perjuicio. Así lo ha entendido en

su respectiva aplicación la jurisprudencia española, con un texto idéntico al nuestro.

855. En la penalidad de las estafas y demás defraudaciones, el criterio aceptado por la ley para la determinación de las penas es el de la cantidad que importe la defraudación, sin perjuicio de las atenuantes que existieran ó de las agravantes que no fueran elementos constitutivos del delito mismo. Se impone pena de uno á tres meses de arresto si la defraudación no excede de cien pesos; de arresto por tres á seis meses si pasa de cien y no excede de quinientos; de arresto de seis á doce si pasa de quinientos y no excede de mil; de prisión de uno á dos años si pasa de mil y no excede de dos mil; de prisión de dos á tres años si pasa de dos mil y no excede de seis mil; de penitenciaría de tres á seis años si excede de seis mil pesos.

Estas penas han sido considerablemente aumentadas con relación á las del proyecto Tejedor, en el cual el máximo no pasaba de dos años de prisión. Quizás en algún caso y en determinadas circunstancias, parecerán excesivas, aunque en otros no lo sean; pero habrá que convenir también en que eran extraordinariamente leves las del proyecto.

856. Por el artículo 204 se castiga "con la pena del artículo 201" al que venda como bienes libres los que fueren litigiosos ó estuvieren embargados ó gravados, y á los que vendan, graven ó arrienden como propios, bienes que sean ajenos. Los hechos de esta especie constituyen indudablemente verdaderas defraudaciones. Pero hay motivos fundados para suponer que se haya deslizado en este artículo un grave error de copia que alterará

considerablemente la pena impuesta ó que se quiso imponer al hecho. En el artículo 201, cuya penalidad se declara aplicable al caso del artículo 204, se castiga con arresto de tres meses á un año á los deudores punibles cuyas deudas no llegaren á quinientos pesos. Si se hubiera querido fijar la misma pena al caso del artículo 204 hubiera bastado enunciarla, sin referirla, al caso del artículo 201. No así tratándose de aplicar la pena del artículo 202, en cuyo caso hubiera sido necesario repetir las diversas distinciones que se hacen en él. Otro motivo concurre también á demostrar que se trata de un simple error. El artículo tiene la misma forma del 330 del proyecto de los doctores Ugarriza, Villegas y García, y la pena que en él se determina es la del artículo 327, que es semejante en su redacción al 202 actual. Bastará, por último, leer el artículo 201 para comprender que la ley no ha podido querer que quede indeterminada la pena del hecho previsto en el artículo 204 cuando la venta de bienes exceda del valor de quinientos pesos. Pero, por graves que sean las consecuencias del error, me limito á indicarlo, y de ninguna manera á prevenir á la jurisprudencia que lo salve. Para mí es indiscutible el deber de los tribunales de aplicar la ley tal como está escrita. Pienso que en esto estará siempre la mayor garantía que el ciudadano puede esperar de la justicia.

857. Constituye también un delito del género de las defraudaciones, el abuso de las necesidades, debilidades ó pasiones de un menor, para privarle de los bienes muebles de que pueda disponer ó hacerle firmar documento de pago ú otras obligaciones, bajo cualquier forma que se hiciere ó disfrazare esta negociación. La pena

aplicable es la de uno á dos años de prisión y multa del uno al diez por ciento de los bienes vendidos ó de la cantidad del pagaré ú obligación otorgada.

858. Esta disposición tomada del proyecto Tejedor tiene su fuente originaria en la legislación francesa (1) y en la española (2). Pero conviene advertir que allí se la tiene como correlativa de ciertas disposiciones del código civil sobre los actos de los menores. "No basta que el código civil, decía M. Faure, declare que la simple lesión da lugar á la rescisión en favor del menor emancipado, contra toda especie de convenciones. Hay hombres sin pudor que se hacen pagar más caros sus anticipos en razón de los riesgos que corren, y toman todas las precauciones para eludir la aplicación de la ley civil. Pero el temor de una pena correccional podrá retenerlos, y los jóvenes no encontrarán tanta facilidad en procurarse recursos desastrosos para su fortuna y á veces más funestos aún para sus costumbres" (3). El artículo del código español tiene principalmente por objeto, según Viada, proteger la impericia y debilidad de los menores de edad contra los amaños, fraudes y malas artes de los prestamistas ó usureros, pues no basta seguramente para tales actos de criminal codicia el remedio civil de la restitución *in integrum* (4).

859. Los motivos que fundaron la disposición penal en las legislaciones citadas no tienen cabida en la nuestra. Según el Código Civil, la ley protege á los incapaces

(1) Artículo 406 del código penal francés.

(2) Artículo 553 del código penal de 1870.

(3) CHAUVEAU et HÉLIE, obra citada, número 2246.

(4) *Código penal reformado de 1870*, comentario al artículo 553.

pero al solo efecto de suprimir su **incapacidad**, dándoles la representación que en él se **determina**, y sin que se les conceda el beneficio de restitución ni ningún otro beneficio ó privilegio (1). El artículo 205 del Código Penal se refiere á los bienes *de que el menor pueda disponer*: y por la ley civil cualquier forma de **enajenación**, por cualquier motivo que se hiciera, será **válida** hecha por un menor en tanto tenga capacidad para **disponer**, en las mismas condiciones en que sería **válido** el acto del mayor de edad. Si la ley civil no pone **traba** alguna al acto ejecutado con capacidad legal, la **ley penal nada** debe disponer. Lo que tiene la plena confirmación de una ley no debe tener la reprobación de la **otra**.

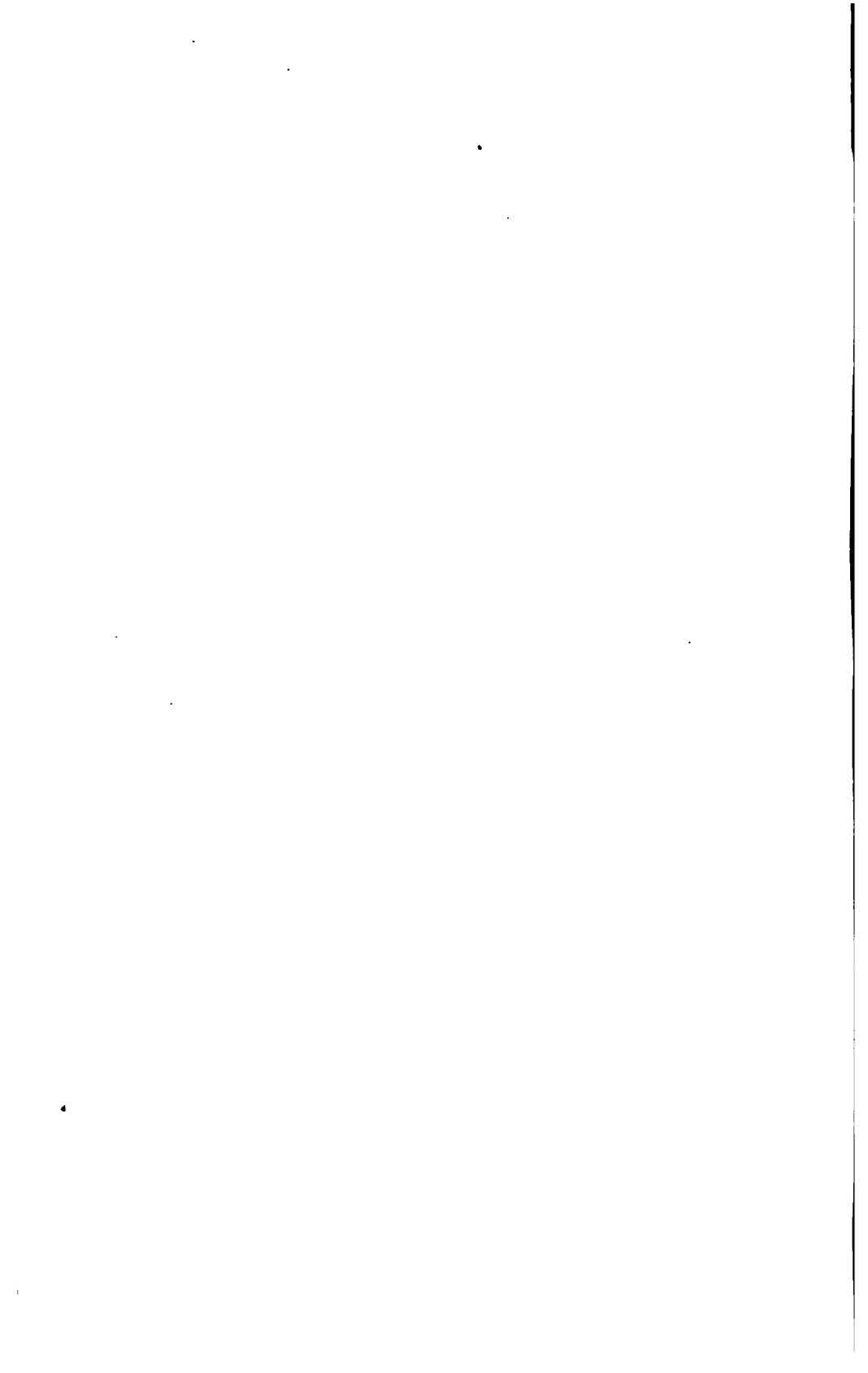
860. La misma observación cabe respecto de la segunda parte de la disposición relativa al abuso consistente en hacer firmar al menor un documento de *pago* ú otras obligaciones. Si el menor tenía capacidad legal para contraer la obligación que se le ha hecho *suscribir*, quedará definitivamente obligado, cualquiera que sea la conducta de su acreedor. Si el menor carecía de capacidad para contraerla, la obligación será absolutamente nula, incapaz en consecuencia de causarle perjuicio, y toda la solicitud de la ley penal consistiría así en *crear* un delito puramente formal y sin daño real.

861. Impone la ley la pena de arresto de uno á seis meses á los que soliciten dádivas ó promesas y á los que las ofrezcan para no tomar parte en una subasta pública, y á los que fingidamente se presenten como postores. Este artículo es en el código español el primero del título

(1) Código civil, artículo 58.

de las *maquinaciones para alterar el precio de las cosas*, y tiene justa cabida en el título de las *defraudaciones*, como se encuentra en nuestro Código, porque tal carácter se manifiesta claramente con relación al comprador de buena fé, á quien se lleva por engaño á consentir en un precio mayor que el que correspondería según la forma aceptada de la enajenación.

862. La venta de la prenda sobre la que se prestó dinero ó su apropiación ó disposición de ella sin las formalidades legales, cae también bajo la calificación de estafa, con pena de arresto de uno á seis meses. El poseedor de la prenda la tiene para fines claramente establecidos, y que resultan de la naturaleza y objeto con que se le constituyó el derecho. La separación de aquel fin se asemeja, pues, al delito del que distrae la cosa que se le ha confiado con cualquier otro objeto; pero la imputabilidad es necesariamente menor, porque el que enajena la prenda dispone hasta cierto punto de algo que le pertenece.



CAPÍTULO XXIV

DE LOS INCENDIOS Y OTROS ESTRAGOS

(Artículos 208 à 218)

863. Observaciones sobre el método. — 864. La ley no determina en qué consiste el delito. — 865. Opinión de Haus. — 866. Legislación comparada. — 867. Casos en que habría mera tentativa. — 868. Crítica de la ley. — 869. Exposición del artículo 208. — 870. Crítica de la penalidad adoptada para el caso en que el incendio ocasione la muerte de una persona. — 871. La misma para el caso en que se ejecute en archivo del Estado ó de los tribunales. — 872. Incendio en casa habitada. — 873. Exposición del artículo 210. — 874. Aclaración que este artículo admitiría. — 875. Disposición general sobre el incendio. — 876. Casos que debía preverse especialmente. — 877. Criterio de gravedad derivado de la importancia del perjuicio. — 878. Estragos. — 879. Posesión de bomba explosiva, mezcla ó preparativo destinado á incendiar ó causar estragos. — 880. Observaciones sobre esta disposición. — 881. La incriminación dependerá esencialmente del destino que se dé á aquellos objetos. — 882. El culpable de incendio ó estrago no se exime de pena aunque para hacerlo haya incendiado ó destruido su propiedad. — 883. Destrucción de vías férreas. — 884. Destrucción de telégrafos. — 885. Antecedentes de estas disposiciones.

863. El objeto de las disposiciones contenidas en el Código bajo el rubro de este capítulo, no es solamente de protección á la propiedad: el incendio y los demás estragos á que hacen referencia sus disposiciones dañan la propiedad, pero es lo cierto que, aun sin perjuicio alguno á la propiedad ajena, por ejemplo, en el incendio de la cosa propia, puede aparecer la necesidad de la incriminación. La lesión de derecho causada por el hecho de un incendio puede verse, pues, en el grave peligro que causa á las personas y á la tranquilidad pública. El daño inmediatamente aparente es éste, aunque el propósito del delincuente sea satisfacer una venganza, en cuyo caso el ánimo será el mismo que en el delito de daños, á que podrá concurrir el ánimo de homicidio, ó tendrá por estímulo el lucro, por ejemplo, incendiando como medio de estafar á una compañía de seguros. Es, entonces, con suficiente razón que el incendio y los otros estragos, figuran en algunos códigos, entre ellos el italiano y el uruguayo, como delito contra la seguridad ó la tranquilidad pública, colocación que también le asigna la ciencia racional (1).

864. Nuestra ley castiga el delito de incendio sin enunciar los caracteres que lo constituyen, siguiendo el método de no definir cosas ni palabras de que por el uso común todos pueden tener una noción más ó menos clara. No necesitamos, efectivamente, la definición de lo que es un incendio. Pero si se recuerda que solamente el delito *consumado* se castiga con toda la pena de la ley, y que mientras el hecho se conserva en los límites de la *tenta-*

(1) Véase CARRARA, *Programma*, § 3046 y siguientes.

tiva, la responsabilidad es fraccionaria, por decirlo así, se verá que la noción legal del incendio ni es tan clara ni es tan sencilla como la noción común de homicidio. Tratándose del homicidio no puede, en general, vacilarse sobre la noción del delito consumado y la de la tentativa: es en el homicidio necesario á la consumación del delito un efecto consecutivo de la acción del autor: la muerte de la víctima. En el delito de incendio ¿cuál deberá ser el efecto consecutivo que determinará la existencia del delito consumado? La ley dice *el incendio será castigado*, etc. Esto dificulta la solución. En el lenguaje del diccionario, el incendio es *fuego grande que abrasa edificios, mieses*, etc. El lenguaje vulgar corresponde en cierta manera á esta definición: se dice *principio de incendio*, y no *incendio*, simplemente, cuando el fuego ha sido sofocado antes de que tomara un incremento considerable. Agréguese á esto que el delito pertenece al género de los *estragos*, pues que así se infiere del rubro del capítulo, y que la palabra *estrago* no se aplica sino á los males de mucha magnitud; y se tendrá como consecuencia que el incendio no podrá decirse consumado sino cuando haya llegado á ser un *estrago*.

865. Por análogas consideraciones, Haus entiende que estando colocado el artículo del código penal belga en el capítulo titulado *destrucciones, degradaciones y perjuicios*, es necesario que se haya causado realmente algún daño para que haya realmente incendio, y que, en consecuencia, el crimen en cuestión solamente se tendrá por consumado cuando el fuego haya hecho tales progresos que el autor ya no pueda dominarlo. En tanto que la llama no tiene este grado de intensidad no hay más que

un principio de ejecución, que una tentativa que no es punible, sino cuando no tuvo efecto por circunstancias independientes de la voluntad de su autor (1).

866. Si esta fuera la doctrina que el Código ha querido admitir podría invocársele, además, como precedente, un artículo que se proyectó para el código belga y que, admitido por la Cámara, fué rechazado en el Senado: "La infracción prevista por los artículos precedentes, se reputa consumada cuando el fuego haya tomado tal incremento (*a fait des progrès tels*) que ya no fuera posible dominarlo " (2). Pero esta solución es también rechazada generalmente por la doctrina y la legislación. En muchos códigos se tiene cuidado de evitar dudas sobre esta importante materia, y así se dice, como en el italiano, el que *pegue fuego* (*chiunque applica il fuoco*) ó como en el belga y en el francés *seront punis... ceux qui auront mis le feu*. En nuestro propio idioma, en el código español y en el oriental, no se ha usado el término *el incendio*, que es el *fuego grande*, según la Academia, sino que se emplea el verbo *incendiar*, cuyo significado propio no difiere del de las leyes que he citado: así se dice *los que incendiaren*, etc., de la misma manera que nuestro artículo 195 dice *el que mata*, etc. Incendiar es *pegar fuego*.

867. Pero, con estas conclusiones podría observarse que si la tentativa en general consiste en un principio de

(1) HAUS, *Principes du droit, pénal belge*, 429.

(2) El verdadero motivo de rechazarse este artículo fué que el crimen se consideraba consumado con sólo haber pegado fuego (*mis le feu*) según otro artículo ya sancionado. Véase en NYELS, *Legislation criminelle de la Belgique*, tomo 3º, página 721, el texto de la discusión y la nota del compilador.

ejecución del delito, y si por otra parte, el único principio de ejecución de un incendio puede consistir en el acto de pegar fuego, la tentativa quedaría en este delito equiparada al delito consumado, ó absorbida por su definición. Todo acto exterior que no fuera el de arrimar el fuego á la cosa que se intenta quemar, constituiría un acto preparatorio, porque no estaría indudablemente dirigido á aquél fin, y no tendría, en consecuencia, *relación directa* con él. Pero no creo por esto imposible, teniéndose por delito consumado el acto de pegar fuego, encontrar manifiesta é indudable la tentativa. Relación directa con el delito suficiente para demostrar la maligna intención, tendría el hecho de haber colocado combustible junto á la cosa que debía incendiarse, y dirigirse á encenderlo; y me parece aún que habría tentativa si el combustible encendido no comunicaba el fuego á la cosa, por una circunstancia independiente de la voluntad de su autor (1).

868. No habría, pues, si se aceptara en la ley como delito consumado el acto de incendiar, cualquiera que fuera el evento consecutivo, el peligro de erigir en delito consumado la mera tentativa. En cambio, con el texto actual puede llegarse á tener por necesario á la consumación del delito la realidad del *estrage*, la efectividad de un grave daño. Pero me parece que esta doctrina pecaría exactamente por el mismo vicio que la que no viera consumado el robo sinó cuando no fuera posible recuperar la cosa robada. ¿Y el respeto que merece la propiedad? ¿No es suficiente violación del derecho de

(1) Puede verse CARRARA, *Programma*, desde el § 3081.

propietario, con gran daño moral por la alarma que le infunde el hecho de que se pegue fuego á su casa?

869. El artículo 208 del Código Penal castiga con presidio por tiempo indeterminado el incendio que fuere la causa inmediata de la muerte de alguna persona y el que se ejecute en el archivo general del Estado ó de los tribunales. Se trata aquí como en las demás disposiciones del capítulo, del incendio ejecutado con voluntad criminal, pues la culpa ó imprudencia, que es lo que con más generalidad produce el hecho, corresponde á la parte general de la ley. Pero la voluntad criminal debe referirse al incendio mismo, aún en el caso del primer inciso del artículo 208, que si la voluntad fuera la de causar la muerte, sería ineludible el título de homicidio como calificación del delito fin, siendo el incendio un delito medio de ejecución.

870. Para el delito de incendio en los dos casos del artículo 208 la ley adopta, como queda expresado, una pena fija, sin que haya motivo alguno que justifique esta rara excepción á los principios generales que dominan el mismo Código. ¿Por qué no admitir la existencia de circunstancias atenuantes en un delito de incendio que haya sido *causa inmediata* de la muerte de una persona? La injusticia de esta disposición resulta tanto más manifiesta, cuanto que en el caso del artículo 95 en que el incendio puede ser *medio de ejecución* de un homicidio, la pena puede variar desde la de muerte hasta la de presidio por diez años, si concurriesen en este último caso dos ó más circunstancias atenuantes. En el inciso se trata efectivamente de incendio que haya sido *causa inmediata* de la muerte de una persona, no *medio de ejecu-*

ción. El homicidio que se castiga sería por lo menos no deseado, aun cuando hubiera podido ser previsto. Existiría un homicidio culpable como circunstancia agravante de un incendio; y se comprende claramente que sería necesario poder apreciar en cada caso las circunstancias en que se produce y la mayor ó menor previsión que el agente pudo tener, ó que pueda imputársele según se trate de casa habitada ó de casas no destinadas á habitación.

871. Tampoco hay motivo suficiente para que la pena sea fija si el delito fuera ejecutado en archivo del Estado ó de los Tribunales. Los perjuicios que ocasionaría el incendio en estos casos serían de la mayor consideración. Pero, supóngase que hubo intención de causar un daño de menor consideración; ó que el autor del delito apenas podía darse cuenta por su edad (mayor de quince años) de la importancia de su acción; ó que procuró con celo impedir la consumación del mal; ó que obró en estado de furor sin culpa suya. Todas estas circunstancias, que pueden tenerse en cuenta en el homicidio, aún en sus más graves formas de parricidio ó asesinato, para diferenciar la pena, ¿por qué quedan excluidas en los casos del artículo 208?

872. Según el artículo 209 corresponde la pena de diez á quince años de presidio cuando el incendio se ejecute en *casa habitada*. En el artículo subsiguiente se prevé el caso de que el incendio se ejecutase en *casa destinada á morada*. Una casa está habitada ó nó según que alguien viva en ella habitualmente, aunque en cierto momento no se encuentre en la casa, ó que esté desocupada. Creo que el primer caso es el legislado por el artí-

culo 209 y el segundo por el artículo 210. Esto es claro; pero podría obstar á esta interpretación la nota que el doctor Tejedor puso al artículo del proyecto: “lo que aquí se castiga es el incendio que pone en peligro la vida de los hombres; el fuego se considera en este caso como un arma, como un medio de asesinato”. Nada de esto es aplicable al texto actual del Código; y sólo conviene al comentario del código francés para el cual fué escrito por Chauveau. Si el hecho se dirijiera á causar el homicidio, sería ineludible su calificación con relación al fin. No podemos entender por *casa habitada* según la ley sino lo que en el lenguaje común se entiende por tal. Correspondería la imputabilidad por este artículo establecida, aún cuando el incendio se hubiera consumado en momento en que los habitantes de la casa no se encontraban en ella. El mal causado al quemar la *casa habitada* es ciertamente mayor que el de la *casa destinada á morada*. En la primera puede encontrarse todos los objetos de mayor afección del perjudicado; en la segunda, una parte de sus bienes. En la primera se lleva la destrucción á un *hogar*; en la segunda, á una cosa más ó ménos valiosa.

873. Se impone la pena de seis á diez años de presidio, además del delito de incendio en casa destinada á morada, al que se ejecute en almacén, establecimiento industrial, cualquier edificio en poblado, aunque no esté destinado á habitación, almacén de granos, bosques, viñedos, cañaverales, mieses y otras cosas semejantes.

La pena se reduce á la de tres á seis años de presidio si el perjuicio no excede de quinientos pesos.

874. La forma “viñedos, cañaverales, mieses y otras

cosas semejantes”, carece en esta última parte de precisión. Cuando la condición de una cosa debe servir de criterio á una pena muy grave, aquella condición debe estar bien caracterizada y no librada á una comparación con otras cosas que puedan servir de ejemplo. Por esto el código español dice “mieses, pastos, montes ó plantíos”; el belga, “selvas, bosques, sotos ó cosechas no recolectadas”, el italiano “plantaciones de árboles, arbustos ú otros productos campestres adheridos al suelo”.

875. Determinados los casos especiales de incendio, la ley adopta una disposición de forma general: el incendiario de *otros objetos* no comprendidos en los artículos anteriores es castigado con la pena de tres á seis años de penitenciaría si el incendio *se propaga* á otros objetos y si el valor de lo incendiado excede de quinientos pesos; con prisión de uno á tres años si el valor de lo incendiado pasa de cien pesos y no excede de quinientos, y con arresto si el valor de lo incendiado no pasa de cien pesos.

876. La generalidad de esta disposición sería admisible si estuvieran especialmente previstos algunos casos de manifiesta gravedad, sobre los cuales no hay referencia en los artículos anteriores. Más grave que el incendio en casa habitada es seguramente el incendio de un teatro, de una iglesia ú otro edificio destinado á reuniones, cuando se hallare dentro una concurrencia numerosa (1); puede serlo también el incendio de un tren en marcha; más grave que el incendio de que habla nues-

(1) Véase el código español, artículo 561, inciso 4º; el belga, 510, inciso 3º; el italiano, 300.

tro artículo 210 puede ser el de almacén de pólvora ó de materias inflamables ó explosivas.

877. En el artículo 211 para graduar la penalidad se une al criterio del valor del perjuicio el de la propagación á otros objetos. El artículo es aplicable siempre que el fuego se propaga á otros objetos. La frase del inciso primero sobre este punto rige la redacción de los dos subsiguientes. La circunstancia de la propagación á otros objetos, y aun la de la posibilidad de la propagación, pueden servir de criterio para estimar la gravedad del incendio cuando el objeto incendiado es de poca entidad. Más aun : si no hay posibilidad de propagación, el título de incendio puede desaparecer para dar lugar al de *daños*. Pero cuando la cosa en sí misma es de gran valor, por ejemplo, un tren de mercancías, no estimo justo tener todavía en cuenta la circunstancia de la propagación para ver un simple daño si ella no aparece. Conviene, sin embargo, notar que estas observaciones no alcanzan al proyecto de la Comisión de la Cámara de Diputados. La redacción era distinta en él : “ si el incendio se propaga á otros objetos ó si el valor de lo incendiado excede de quinientos pesos ”. (1) ¿ Hubo una modificación legislativa ? Yo no la he encontrado. ¿ Hubo un error de imprenta en la edición oficial ? Pero esto importa poco para la aplicación de la ley.

878. Incorre respectivamente en las mismas penas que en los casos de incendio el que causa estragos por medio de explosión de minas, bombas ó máquinas de

(1) *Proyecto de Código Penal*, artículo 211. — Buenos Aires, imprenta del Porvenir 1886.

vapor, inundación u otro medio de destrucción análogo ó tan poderoso como los expresados. En el código español, que es indudablemente fuente de esta disposición se dice: “y en general cualquiera otro agente ó medio de destrucción tan poderoso como los expresados”. La interpretación de estas disposiciones puede en algún caso llevar á conclusiones diferentes. En el código español es necesario que el agente de destrucción ó el medio de destrucción sean tan poderosos como los expresados; en nuestra ley el medio puede ser análogo, sin ser tan poderoso. Pero, de todas maneras, será siempre indispensable que el daño causado sea de mucha consideración. En una sentencia del Tribunal Supremo de España se declaró que “para que pueda tener aplicación la sanción penal del artículo 572 es preciso que se cause ó se intente causar algún estrago, que en el sentido natural y gramatical de la palabra significa un daño de extraordinaria gravedad é importancia, y que el agente se valga de un medio de destrucción suficientemente poderoso para producirla, aún cuando no sea de los expresamente señalados en dicho artículo”. En el caso se declaraba que habiendo consistido el hecho punible que motivó la formación de la causa en el daño importante 67 pesetas, que fué producido dentro del cuarto ó habitación parroquial de un pueblo por la explosión de un cohete de sustancia que no pudo ser apreciada, ni el daño referido merecía calificarse como estrago, ni había fundamento ninguno para presumir ó sospechar, al menos, que aun cuando no se causara, hubiera ánimo de causarle (1).

(1) PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, Apéndice 5º, página 452.

879. Se impone la pena de uno á tres años de prisión al que sea sorprendido con bomba explosiva, mezcla ú otro preparativo conocidamente destinado para incendiar ó causar alguno de los estragos de que se habla en este capítulo, si no diese explicación satisfactoria del fin á que se proponía aplicar ese elemento de destrucción.

Esta disposición consignada, con excepción de la última parte, en el código español de 1850, no ha sido reproducida en el de 1870. De la parte agregada resulta para los delincuentes la necesidad de inventar una explicación satisfactoria á la vez que fabricar el aparato de destrucción...

880. Hay en la disposición que acabo de referir un acto preparatorio erigido en delito especial. Pacheco da para ello alguna razón : hay instrumentos, dice, que no pueden servir sino para lo malo ; hay situaciones que llevan en sí mismas el sello de la tentativa. Cuando es así ya puede ocuparse en penarlas la justicia social (1). Y luego agrega : “ La ley no ha querido dejar esta materia á la única aplicación de las reglas generales. Ha querido hacer un delito especial de la preparación para los incendios y lo ha declarado penado en el artículo precedente. Al que se sorprende, pues, con mecha ó preparativo conocidamente dispuesto para incendiar, no pregunta cual iba á ser el objeto de su crimen : impone desde luego la pena de presidio. Es una resolución que *si no desata, corta multitud de cuestiones* ” (2). Esto último es exactamente la verdad ; pero son muchas las cuestiones

(1) ПАЧЕКО, *El Código penal*, etc., tomo 3º, página 405.

(2) Ib., página 406.

de método y de doctrina que podrían oponerse al artículo y á su colocación en el Código Penal en el capítulo que ocupa.

881. En cuanto á la aplicación del artículo, conviene tener presente que requiere que la sustancia de que se trata sea *conocidamente destinada* á incendiar ó causar algún estrago. Es el *destino* de la cosa y no su naturaleza misma lo que puede dar motivo á la acción de la justicia. Un tarro de kerosene y una caja de fósforos bastan para causar un gran incendio, pero no creo que todo poseedor de estos objetos deba ser requerido á dar explicación satisfactoria del fin á que los tiene. Con razón concluye el mismo autor citado que si por una parte el adverbio *conocidamente*, evita la injusticia de la pena, por otra hace posible una muy lata autoridad en los tribunales, como que sustituye la apreciación moral á las ideas de hechos positivos, peligro contra el cual no hay garantía que no sea indirecta.

882. El artículo 214 trae una disposición común al incendio y demás estragos de que hasta aquí se ha hablado: el culpable de incendio ó estrago no se eximirá de las penas impuestas en este capítulo, aunque para cometer el delito hubiese incendiado ó destruido bienes de su propiedad. Esta disposición es textualmente la del artículo 573 del código penal español.

Que el que incendia ó destruye su propia cosa no comete delito *contra la propiedad*, es indudable. El objeto de la penalidad es la protección del derecho ajeno; no hay lesión del derecho de propiedad en la destrucción de la cosa propia. Pero si en el incendio se viera antes que un delito contra la propiedad, un delito contra la

seguridad pública, la disposición de nuestro artículo no se limitaría á prever el caso de que el incendio de la cosa propia se hubiera propagado á la cosa ajena ; la mera posibilidad de la propagación del incendio bastaría para la incriminación. Es en este sentido que el caso se legisla en el artículo 308 del código penal italiano. El derecho lesionado con el incendio de cosa propia aparece manifestamente en el *peligro* que altera la seguridad pública.

883. Las vías férreas y las líneas telegráficas son objeto que merece la protección especial de los nuevos códigos penales.

Así, el nuestro castiga con la pena de uno á tres años de prisión al que voluntariamente rompa caminos de fierro ó coloque en ellos cualquier cuerpo que impida el tránsito de las locomotoras ó wagones, ó los haga salir de sus rieles, ó emplee otro medio con este fin.

Si como consecuencia del descarrilamiento se ocasionasen pérdidas en la destrucción de los vehículos, ó en las mercaderías, que excedan de cinco mil pesos, la pena será de tres á nueve años de penitenciaría.

La misma pena de tres á nueve años se fija si el hecho hubiese ocasionado contusiones, heridas ó fracturas en alguna persona ; y si el *accidente* hubiese ocasionado la muerte de una ó más personas, la pena será penitenciaría desde diez años hasta por tiempo indeterminado.

884. Con respecto á los telégrafos se dispone que todo el que intencionalmente cortase los alambres del telégrafo destinado al servicio de un ferro-carril, arrancare ó destruyese los postes, ó ejecutare algún otro acto tendente á interrumpir la comunicación telegráfica, será

castigado con arresto de uno á nueve meses. Si del hecho hubiesen resultado accidentes en los trenes la pena será de uno á tres años de prisión. Si de estos accidentes resultare herida ó muerte de alguna persona la pena será de tres á seis años de penitenciaría. En los demás casos de destrucción de líneas telegráficas la pena es de uno á tres meses de arresto.

885. Las primeras disposiciones tienen su precedente en los artículos 71 y 72 de la ley nacional de ferro-carri-les; la referente á telégrafos en el artículo 76 de la misma ley y en el artículo 50 de la ley de telégrafos nacionales. En el proyecto de la comisión de la Cámara de Diputados solamente se previó el caso de la primera parte del artículo 215. Pero ¿regirán las disposiciones de las leyes especiales que dejo citadas, aún en presencia de las del Código Penal? En las ligeras explicaciones que en la Cámara de Diputados se produjeron sobre los artículos referentes á ferro-carriles y telégrafos, se manifestó que los del Código no serían derogatorios de los de la ley especial. Se tendrá así en la República dos penalidades distintas para el mismo género de delitos, según que estos caigan bajo la jurisdicción provincial ó la federal.



CAPÍTULO XXV

DE LOS DAÑOS

(Artículos 219 á 222)

886. Elemento material de este delito. — 887. Su elemento moral. — 888. Daño causado por culpa. — 889. Agravaciones especiales. — 890. Importancia del daño. — 891. Penalidad en los casos no calificados. — 892. Origen de las disposiciones del Código en esta materia. — 893. Agravación especial del daño en animales domésticos y no del daño en ganados. — 894. Daño causados en sepulcros. — 895. En signos conmemorativos. — 896. En monumentos, estatuas y objetos de arte.

886. La última forma de incriminación que presenta la ley por lesiones inferidas al derecho de propiedad, es la que castiga á los que causan en la propiedad ajena algun daño no comprendido en las disposiciones del capítulo de los *incendios y otros estragos*.

En su elemento material este delito consiste en el perjuicio que se causa á la propiedad ajena, en condiciones ó importancia tal que no llegue á constituir un verdade-

ro estrago. A diferencia de lo que ocurre respecto del robo, del hurto y de las defraudaciones en general, el daño ataca el derecho de propiedad en la existencia misma de la cosa, no en uno solo de sus elementos, la posesión. El mal causado por el robo se repara con la restitución de la cosa en sí misma. Respecto del mal causado por el daño sólo se repara por indemnización pecuniaria. Pero el primer delito queda completamente consumado con el apoderamiento de la cosa; el segundo, con el perjuicio inferido por la destrucción parcial ó total.

887. En su elemento moral el delito consiste en la voluntad dirigida á causar un daño en la cosa para perjudicar la propiedad ajena. Puede decirse que la incriminación de este hecho deriva especialmente, ó aún más, exclusivamente del propósito del agente. Un daño en la propiedad ajena que no es inspirado en el propósito del lucro, ni movido por el odio ó la venganza, no sugiere la necesidad de preservarse por el castigo de la repetición de hechos análogos, y no infunde en consecuencia alarma alguna en la sociedad, al contrario de lo que ocurre con los demás delitos, que llevan en sí mismos la alarma del peligro común.

888. De la circunstancia que acabo de enunciar resulta la dificultad que se ha notado de incriminar el daño causado por culpa. Carrara piensa que “no puede admitirse la imputabilidad del daño por culpa, como no puede admitirse, en general, la imputabilidad del hecho culpable en todos los delitos que exigen como condición esencial una determinación especial dirigida á la satisfacción de una pasión determinada. Pero más especial-

mente en los delitos que tienen por objeto propio el solo derecho de propiedad, la imputabilidad política de la culpa no puede admitirse (fuera del caso de *medios* perjudiciales por sí mismos al derecho ajeno) puesto que bastan las reparaciones civiles para proveer á la seguridad privada, y no se conmueve en el público la opinión de esta seguridad por tales lesiones del derecho cuando proceden de mera imprudencia" (1). Pero en nuestro derecho la fórmula general de la culpa y su colocación en la parte general no dejan dudas sobre la imputabilidad penal del daño causado por culpa ó imprudencia.

869. La ley declara, como lo he dicho ya, que es delito de *daño* el que se causa á la propiedad ajena no estando comprendido en el capítulo de los incendios y otros estragos. Luego adopta como circunstancias que agravan especialmente, el delito, las siguientes: la del daño que se causara con la mira de impedir el libre ejercicio de la autoridad ó en venganza de sus determinaciones, bien se cometiese el delito contra empleados públicos, bien contra particulares que como testigos ó de cualquier manera hayan contribuido ó puedan contribuir á la ejecución ó aplicación de las leyes; produciendo por cualquier medio infección ó contagio en aves ú otros animales domésticos; empleando sustancias venenosas ó corrosivas; ejecutándolo en cuadrilla y en des poblado; ó en archivos, registros, bibliotecas ú museos públicos ó en puentes, caminos, paseos ú otros bienes de uso público; y en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros ú otros objetos

(1) CARRARA, *Programma*, § 2453.

de arte colocados en edificios ó lugares públicos: y por último, arruinando al perjudicado.

890. Con excepción de la última circunstancia, todas las demás se unen al criterio del valor del daño efectivamente causado. Si este excede de quinientos pesos, el delito se castigará con uno á tres años de prisión; si excede de cincuenta pesos y no pasa de quinientos, con arresto de seis á doce meses; y si no excede de cincuenta pesos, con pena de uno á tres meses.

891. En todos los demás casos de daño, no calificados por ninguna de las circunstancias especialmente mencionadas, la pena será de arresto.

892. Las disposiciones que dejo mencionadas están transcritas del proyecto de la Comisión revisora, que á su vez las tomó con las pequeñas variantes de que me ocuparé en seguida, del código español de 1870. Estas consisten únicamente en haber tomado como agravante especial la infección ó contagio en *aves ó en animales domésticos*, donde el código español habla de infección ó contagio en *ganados*; y en haber tomado del código belga y del francés, la del daño en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros ú otros objetos de arte colocados en edificios ó lugares públicos.

893. No es fácil explicarse los motivos que haya habido para la primera modificación, porque en realidad pueden haber existido los más diversos. Pero, sin ningún antecedente á la vista de los que pudo tener la Comisión, para modificar el texto que copiaba, me inclino á pensar que se haya tenido en cuenta la circunstancia de que la infección ó contagio en *aves ó animales do-*

mésticos podría ofrecer algún peligro más directo para las personas, que el que puede ofrecer la infección ó contagio en ganados. Y adopto esta explicación con mayor seguridad que la de no haberse visto en la infección de ganados sino un daño civil ó una falta que se hubiera entendido poder reprimirse en los códigos rurales, por una razón de interpretación que me parece decisiva: el daño que se cause en ganados es también castigado por el Código Penal, por quedar perfectamente comprendido en la disposición del artículo 222.

894. En cuanto á la segunda modificación, se justifica por sí misma. Conviene recordar que en nuestro Código no se castiga la violación del sepulcro por sí misma. Nuestro legislador no ha pensado en la ofensa gravísima que se infiere á los sentimientos de los que viven, con el ultraje á los que han muerto. No es, pues, la mera violación de sepulcro lo que el artículo prevé sino la destrucción parcial ó total; el perjuicio real, material que se cause. Por esto mismo, no hace derivar la gravedad del delito del carácter del objeto dañado, exclusivamente, sino también del importe de lo dañado: cualquiera que sea el móvil odioso y repugnante que revele el que cause un daño en un sepulcro, habrá que considerar, para la determinación de la pena si el perjuicio material no alcanza á cincuenta ó á quinientos pesos, ó excede de esas sumas. Me parece evidente que el motivo de la agravación no se aviene con la tasación del perjuicio pecuniario.

895. Los *signos conmemorativos* de que habla el artículo son los colocados por algún motivo especial de veneración ó de respeto. Así, en la jurisprudencia fran-

cesa y belga se ha rehusado la aplicación del artículo á la remoción de jalones colocados por un ingeniero para la rectificación de un camino y á la destrucción de una cruz de madera destinada á indicar el nivel de una vía férrea (1).

896. Nuestro inciso habla de "monumentos, estatuas, cuadros ú otros objetos de arte colocados en edificios ó lugares públicos". En el código belga, de que se tomó esta disposición se hace referencia primero á "monumentos, estatuas y otros objetos destinados á la utilidad ó á la decoración públicas, y levantados por la autoridad competente ó con su autorización", y en seguida de monumentos, estatuas, cuadros ú otros objetos de arte colocados en las iglesias, templos ú otros edificios públicos" (2). La sustitución de *lugares públicos* por *edificios públicos*, en nuestro inciso reúne en una sola las dos disposiciones del código belga, con excepción de los objetos destinados á la *utilidad pública*. No podría, pues, llegarse por nuestro artículo, como en la jurisprudencia francesa á considerarlo aplicable al caso de la destrucción de una campana de iglesia, ó de un tubo de gas en una estación de ferro-carril.

(1) NYPELS, *Code pénal interprété*, tomo 3º, página 555.

(2) Artículo 526.

CAPÍTULO XXVI

DISPOSICIONES GENERALES SOBRE HURTOS, DEFRAUDACIONES Y DAÑOS

(Artículos 223, 224 y 225)

897. Exención de responsabilidad por parentesco ó afinidad. — 898. Legislación comparada. — 899. Dudas sobre el fundamento de esta exención. — 900. Su razón jurídica puede verse en la comunidad de bienes de la familia. — 901. Situación del cómplice. — 902. Interpretación del texto legal. — 903. Distinción que debiera hacerse entre el cómplice por ánimo de lucro y el que no lo tiene. — 904. Fórmula del Código francés sobre este punto. — 905. Reforma en el código belga. — 906. Exclusión de la exención en el delito de robo. — 907. Jurisprudencia española. — 908. Disposición sobre responsabilidad civil.

897. El título de los *Delitos contra la propiedad particular* termina con el capítulo *Disposiciones generales*, en que se declara exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por *hurtos, defraudaciones ó daños* que recíprocamente se causaren: 1º los cónyuges, los

ascendientes, descendientes y afines en la misma línea ; 2° el consorte viudo, respecto de las pertenencias de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado á poder de otro ; 3° los hermanos y cuñados si viviesen juntos.

898. Esta disposición originaria del derecho romano que negaba la *actio furti* contra los hijos y la mujer, fué reproducida en las Partidas (1), consignada en el código francés de 1810 y adoptada por la generalidad de los códigos modernos, lo ha sido por estos últimos, como observa Zanardelli de dos maneras diferentes : ó declarando no punible al culpable, ó estableciendo que en tales casos la acción no se ejercite sino á instancia de la parte ofendida. Resuelven lo primero el código penal francés (2), el código penal belga (3), el código español (4), etc. ; por el código de Austria, § 463, los delitos de hurto y defraudaciones pueden ser castigados como hurtos leves cuando se deduzca acción por el jefe de la familia. En el código italiano (5) y en el uruguayo (6) se procede según una acertada distinción : no hay acción penal por los delitos de hurtos, defraudaciones, daños y ciertos robos entre cónyuges no separados legalmente ; entre parientes consanguíneos ó afines en línea recta, ó entre padres é hijos adoptivos y entre hermanos que vivieren en familia ; y se procede solamente en virtud de querrela de parte y con disminución de la pena, si el hecho se come-

(1) Ley 4ª, título 14, Partida 7ª.

(2) Artículo 380.

(3) Artículo 462.

(4) Artículo 580.

(5) Artículo 433.

(6) Artículo 377.

tieria entre cónyuges legalmente separados, ó entre hermanos que no vivieren en común, ó entre tíos y sobrinos ó afines en segundo grado que vivieren juntos.

899. Se ha discutido con mucha extensión, tanto respecto de la naturaleza propia de esta exención de pena como sobre su verdadero fundamento jurídico, porque surgen de esto consecuencias importantísimas respecto de la situación del copartícipe en el delito, de la que me ocupo más adelante. Carrara piensa que es un error creer como se cree con generalidad respecto de la excepción en el derecho romano, que ésta naciera de la idea del condominio de la familia; pues, agrega, “si ésto hubiera sucedido no habría habido hurto ni la cosa se hubiera considerado robada; y, al revés, se disponía literalmente lo contrario con respecto á los terceros adquirentes de la cosa, y para cualquier otro efecto jurídico”. Otros motivos que pueden haber inspirado la legislación moderna son el de ausencia de voluntad de dañar que puede haberse tenido en el apoderamiento de una cosa sobre la cual puede haberse creído tener algún derecho, y el de que la iniciación de un proceso criminal por tales hechos, ocasionaría escándalo y deshonor que recaería sobre el mismo robado y toda su familia, y sería en ésta causa de las mayores discordias (1).

900. En mi opinión, aparte de los buenos motivos de moralidad y de justa noción de los vínculos de familia que pueden fundar la disposición, su razón jurídica consiste en una especie de comunidad de bienes hasta cierto

(1) CARRARA, *Programma*, § 2353; CHAUVÉAU ET HÉLIE, *Théorie du code pénal*, número 1934; HAUS, *Principes du droit pénal belge*, número 568.

punto reconocida por las leyes civiles, que subsiste en la organización de la familia, como un trasunto de la comunidad primitiva. Esa comunidad aparece en la ley civil, en la prestación de alimentos á que resultan obligados los mismos parientes que la ley penal declara exentos de pena por delito contra la propiedad. No es por una razón de caridad ó de beneficencia que la ley civil impone la prestación de alimentos, pues que no es objeto de la ley positiva la sanción de los deberes morales, sino de las relaciones jurídicas. Otra forma de comunidad aparece en la transmisión de los bienes por sucesión legítima, y en la restricción impuesta á la libertad de testar, restricción de tal entidad que limita de una manera absoluta esa libertad. En el hurto cometido por el hijo en los bienes del padre, por el cónyuge en los de la esposa, falta el apoderamiento de cosa *ajena*, en modo absoluto, falta la turbación en una *posesión exclusiva*, y se ha visto ya que estas circunstancias concurren como elementos esenciales á la existencia de los delitos contra la propiedad.

901. Pero, ¿puede explicarse que la ley declare exento de pena al pariente que ha ejecutado el hecho y condene al copartícipe como si la excepción no estuviera escrita en la ley? Se ha considerado generalmente como personalísima la causa de exención de pena que nace de la disposición que comento, y en consecuencia conforme á la doctrina de la incommunicabilidad de las circunstancias atenuantes, agravantes ó eximentes, que procedan de una condición personal del autor del delito, puede ser penado el cómplice. Así lo prescribe claramente nuestra ley, y cuando algún código guarda silencio al

respecto, se entiende también implícitamente que la circunstancia es personalísima, porque no se dice que el hecho es delictuoso, sino que no serán castigados los parientes que lo ejecuten respecto de sus parientes (1). Me parece, sin embargo, justísima la observación de Carrara: "Debiera distinguirse, dice, entre el partícipe *con lucro*, y el partícipe *sin lucro*. El partícipe con lucro es un verdadero ladrón: operó la sustracción de la cosa ajena con modos ilegítimos; quiso lucrarse y se lucró con lo ajeno. En el partícipe sin lucro, siempre sucede que la propiedad y la posesión pasan de padre á hijo, no de extraño á extraño. La cosa circula entre los asociados de la familia y no hay hurto para ninguno. Sería un escándalo que se mandara á presidio por ladrón al que nada ha ganado (ni procurado ganar, agregó) en el hurto, mientras pasea impune el que lo ideó, lo hizo ejecutar, y goza todo el provecho." (2)

902. Esta distinción se aplica manifiestamente á los delitos de hurtos y defraudaciones en que el ánimo del lucro es el elemento esencial, no al delito de daños. Pero conviene observar que tal interpretación no resulta de nuestro texto. *Participar*, es tomar parte *en la ejecución*; sólo en un sentido muy limitado sería tomar parte *en el provecho*: pero esto no puede interpretarse, en todo caso la ley lo hubiera dicho expresamente.

903. He dicho que en mi opinión la distinción de Carrara era justísima, y no creo difícil que en algún caso aparezca inícuu la pena del copartícipe. Supóngase á

(1) ZANARDELLI, *Relazione ministeriale*, CLXXVIII.

(2) *Programma*, § 2256.

á un hombre que tiene en su poder una suma que un rico avaro le ha confiado para un objeto determinado: su colocación á un interés subido, por ejemplo. Pero el mandatario conociendo la miseria y las privaciones en que viven los hijos del mandante, cede á los ruegos de la esposa de éste y entrega una suma para ellos. En los términos de la ley, el mandatario habría cometido una defraudación; pero es injusto acordar al mandante otra vía que la de la reparación civil.

904. En el código francés se llegó casi á esta distinción: "En cuanto á los demás individuos, dice el artículo 380, que hayan *encubierto ó aplicado á su provecho* todo ó parte de los objetos robados, serán castigados como culpables de robo." Esta fórmula convendría con la distinción de Carrara, si en ella no se hubiera incluido la imputabilidad del *encubrimiento*. Esto último depende, sin embargo, de una noción del encubrimiento que reputo inexacta: la de considerarle como parte de un delito, y no como una infracción perfecta en sí misma; de ver en ella una forma de complicidad y no un delito contra la administración de justicia. Pero aún así, la penalidad del encubrimiento no se justificaría de una manera completa, porque dependiendo su imputabilidad del hecho de sustraer á la justicia un delincuente ó la prueba de un delito, faltaría en el caso en cuestión el delincuente mismo, y los objetos procedentes de delito.

905. Las discusiones á que dió lugar la fórmula francesa, determinaron en la reforma del código belga el agregado de *los que hayan participado* en el robo, que se contiene en nuestro artículo 224, pero la reforma no fué

admitida sino después de una viva oposición (1). La palabra *participado* se toma allí en el sentido ya indicado de tomar parte en la ejecución del hecho, directa ó indirecta, conforme á las disposiciones generales sobre coautores ó cómplices (2).

906. Nuestro artículo 223 exime de pena á los parientes indicados por los delitos de hurtos, defraudaciones ó daños. Los robos resultan así excluidos de una manera absoluta por el texto de la ley. Esto mismo resulta del texto del código español. Pero no encuentro del todo justificada la distinción. Convengo que ella proceda cuando se trata del robo con violencia en las personas; en los robos sin violencia ni intimidación en las personas, que están legislados por nuestros artículos 190 y 191, no puede justificarse en todos los casos. Para la ley no hay imputabilidad si el hijo sustrae clandestinamente la cosa de propiedad del padre, pero la hay si toma la llave verdadera para sustraer, del mueble en que se encierra, el objeto que quiere robar, ó usa una llave falsa, ó salta el cercado para entrar en casa de su padre. No veo una razón jurídica ó racional que motive esta distinción. Juzgo más acertada á este respecto la legislación italiana y la uruguaya. En la primera lo que llamamos robo sin violencia ni intimidación en las personas, se califica de *hurto*, y la exención de que trato comprende todo hurto; en la segunda, los mismos hechos se califican de robo (3) y la exención comprende

(1) Puede verse en NYPELS, *Legislation criminelle de la Belgique*, tomo 3º, página 568.

(2) NYPELS, *Code pénal interprété*, tomo 3º, página 87.

(3) Artículo 372.

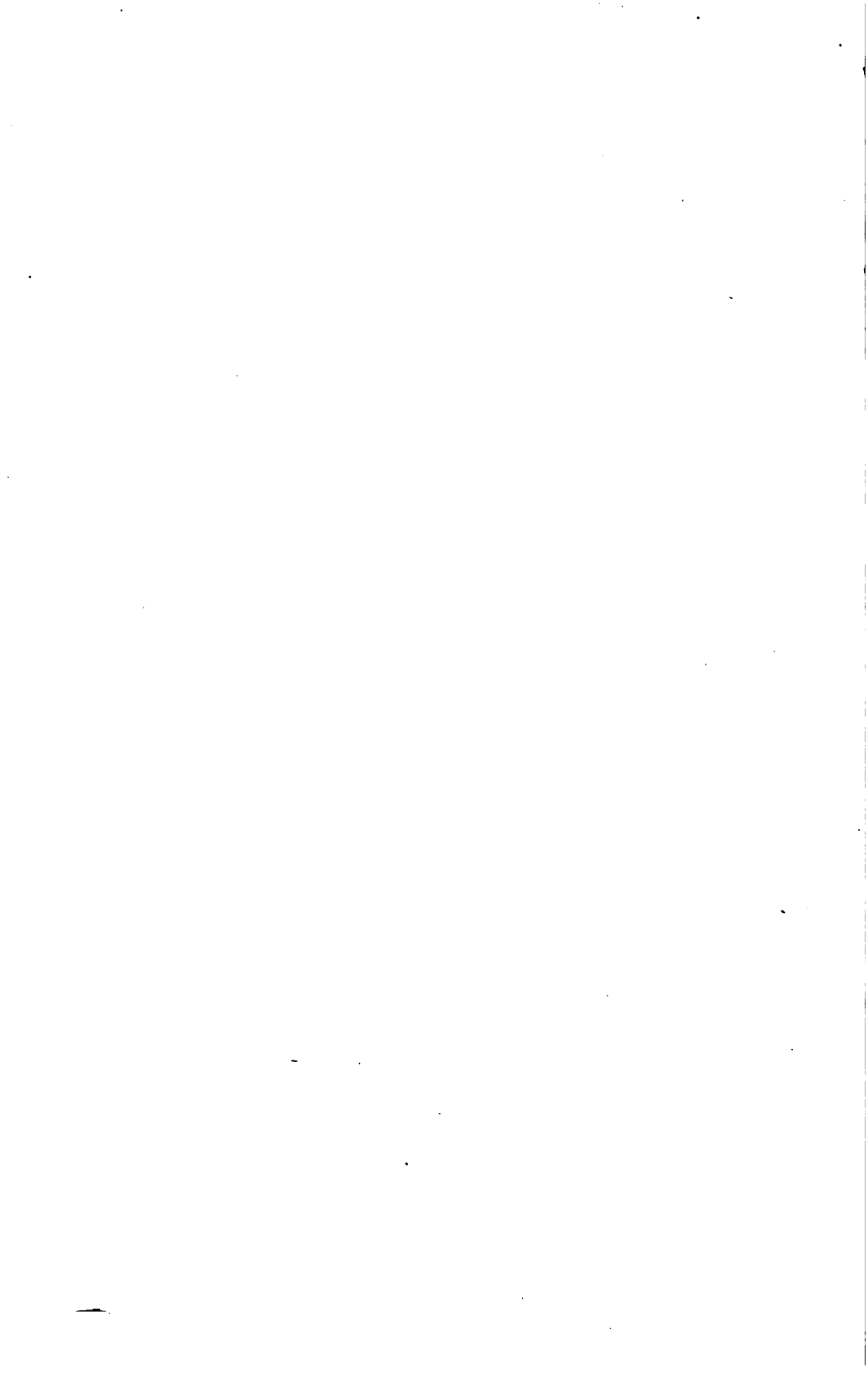
los hechos previstos en el artículo que enumera aquellos. En Bélgica y en Francia la palabra *vol* comprende cualquier robo; y la exención alcanza siempre en cuanto el hecho ofenda el derecho de propiedad del pariente. Las violencias y demás circunstancias agravantes que hubieran podido concurrir para la calificación del robo, son juzgadas en sí mismas como delitos especiales ó como contravenciones si las constituyeran.

907. Sin embargo de redactarse nuestro artículo 223 en la misma forma del 580 del código español, excluyendo de pena los delitos de hurtos, defraudaciones ó daños, y no el de robo, la jurisprudencia española ha podido llegar, por la definición legal del robo, á una conclusión que no resultaría de nuestro texto. Tratándose de la sustracción cometida por la mujer con fractura de puertas, armarios, etc., ha declarado el Tribunal Supremo que no son aplicables al caso los artículos que penan el hecho como robo, pues no puede decirse con seguridad que la esposa se hubiera apoderado de cosas muebles *ajenas*, ni que se introdujera para ello en *casa habitada*, con fractura de muebles, porque se hallaba en su propia casa, donde eran comunes del marido y la mujer los muebles y efectos que allí había (1). Estando por nuestra ley indefinido el delito de robo, y concordando el fundamento de esta solución con los principios doctrinarios sobre los elementos constitutivos del robo, y los del derecho civil sobre la comunidad en el matrimonio, nuestra jurisprudencia podrá llegar á la misma conclusión.

(1) PANTOJA, *Jurisprudencia criminal*, Apéndice 2º, página 376.

908. El artículo 225 agrega que las penas señaladas en el título de los delitos contra la propiedad, se aplicarán sin perjuicio de la cosa sustraída ó defraudada.

Esta disposición es eminentemente de derecho civil; y aunque en justicia es indudable, no hay lógica en callar de una manera absoluta sobre responsabilidades civiles en la *Parte General* del Código por razón de la materia, y hablar de ellas en la parte especial.



ÍNDICE

PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO PRELIMINAR

PLAN DEL CÓDIGO EN LA PARTE ESPECIAL

	Páginas
401. Observaciones sobre la principal división del <i>Libro Segundo</i> del Código. — 402. Diversos sistemas de clasificación de los delitos. — 403. Sistema adoptado por el proyecto Tejedor y por el Código Penal. — 404. Sistema del proyecto de la Comisión revisora. — 405. Crítica de la clasificación del Código Penal. — 406. Consideraciones sobre la importancia de una buena clasificación. — 407. Principios que debe tener en cuenta la clasificación. — 408. La clasificación debe tener por base la naturaleza del derecho violado. — 409. Este es el método de los Códigos más modernos. — 410. Orden de clasificación : delitos que atacan la organización y seguridad interior del Estado. — 411. Delitos contra la libertad. — 412. Delitos contra la administración pública y la autoridad. — 413. Delitos contra el orden público, la seguridad pública y la fé pública. — 414. Delitos contra las	

buenas costumbres y contra el orden de las familias, contra las personas y contra los bienes. — 415 ¿ Cuáles debieran incluirse en estos títulos.—416. Fundamento del método adoptado en mi exposición.....	1
--	---

SECCIÓN PRIMERA

DELITOS PRIVADOS

CAPÍTULO PRIMERO

DEL HOMICIDIO

417. Observaciones sobre la clasificación de los delitos contra las personas. — 418. Aceptación propia de la palabra *homicidio* en la ley penal. — 419. ¿Cómo se legislaba esta materia en el código Tejedor? — 420. Calificaciones adoptadas por el Código. — 421. Legislación comparada y fundamento de la calificación. — 422. Elemento material del delito. — 423. Su elemento moral. — 424. El medio de ejecución proporciona un criterio de gravedad. — 425. ¿Puede haber homicidio por medio de un mal moral? — 426. *Quid* del homicidio por sevicias. — 427. El Código no contiene reglas sobre la concausa en el homicidio. — 428. Doctrina del código Tejedor y jurisprudencia sobre este punto. — 429. ¿Puede suplir la falta de reglas sobre esta materia la atenuante 3ª del artículo 83? — 430. Fundamento que se da del silencio de la ley sobre este punto. — 431. Ejemplos tomados de la jurisprudencia española. — 432. Reglas del código italiano. — 433. Soluciones de la cuestión. — 434. Disposiciones legales sobre el homicidio en ascendiente, descendiente ó cónyuge. — 435. Legislación comparada sobre el parri-

cidio. — 436. Distinciones entre el Código Penal y el proyecto Tejedor. — 437. Crítica de Pacheco á los códigos que no admiten atenuación en el homicidio del padre. — 438. Equiparación del homicidio cometido por el padre al cometido por el hijo. — 439. No corresponde la aplicación del artículo 94 tratándose de parientes ilegítimos no naturales. — 440. Doctrina general sobre este punto. — 441. Fundamento de la doctrina del Código. — 442. Para que exista la agravación, mediando parentesco natural ¿debe estar éste reconocido? — 443. La disposición del artículo 94 no comprende el homicidio del abuelo ó nieto natural. — 444. No debiera comprenderse en la disposición el homicidio del cónyuge. — 445. Para que proceda la aplicación del artículo es necesario que el agente haya conocido el vínculo que lo unía con la víctima. — 446. Crítica de la regla de gravedad relativa adoptada para la aplicación de la pena. — 447. Circunstancias agravantes que califican el homicidio. — 448. Exclusión de la premeditación como agravante calificativa. — 449. ¿Qué influencia puede tener la falta de premeditación? — 450. No debió suprimirse como agravante calificativa la de inundación. — 451. Homicidio por precio. — 452. La agravación alcanza al que da y al que recibe el precio. — 453. ¿En qué puede consistir el precio en el homicidio? — 454. Calificación de alevosía. — 455. Homicidio por medio de veneno. — 456. Esta circunstancia es completamente independiente de la premeditación. — 457. Cualidad indispensable de la sustancia que se haya empleado. — 458. Homicidio por descarrilamiento. — 459. Exclusión del ensañamiento como circunstancia calificativa. — 460. Penalidad del homicidio calificado por circunstancias agravantes. — 461. Homicidio no calificado por agravantes especiales. — 462. Crítica de las reglas establecidas para su penalidad. — 463. Homicidio provocado. — 464. Relaciones entre la atenuante especial de provocación y la circunstancia

general de la misma.—465. La pena fija del homicidio provocado no es una excepción al sistema de penalidad del Código.—466. Argumento contrario deducido de la relación entre la provocación y la legítima defensa.—467. Disposiciones del Código sobre el homicidio en riña entre varios. — 468. Disparo de arma de fuego. — 469. Fundamento de esta disposición. — 470. Es un delito especial, independiente del de homicidio. — 471. Jurisprudencia española.....

11

CAPÍTULO II

INFANTICIDIO

472. No hay motivo fundamental para separar esta calificación de la de homicidio.—473. Motivo legal de la calificación especial.—474. El impulso de la honra es requisito esencial de la calificación.—475. Crítica de la definición del proyecto Tejedor.—476. La declaración del artículo 101 carece de utilidad.—477. Condiciones de la existencia legal del infanticidio.—478. ¿Qué debe entenderse por los términos *en el momento del nacimiento*?—479. La muerte del niño en interés de la honra de la madre puede ser ejecutada por los parientes más próximos. Este caso no está comprendido en la ley.....

53

CAPÍTULO III

ABORTO

480. Acepciones diversas de la palabra *aborto*. — 481. Motivos para no aceptarlas. — 482. Fundamento de la imputabilidad del aborto. — 483. Exacta definición de Carrara. — 484. No es aborto la expulsión del feto no

seguida de la muerte del mismo.—485. Elemento moral del delito. — 486. No hay delito cuando la expulsión se provoca para salvar la vida de la madre. — 487. Grados de gravedad del delito. — 488. No están consignados con claridad en la ley. — 489. Criterios de gravedad adoptados por los códigos extranjeros.—490. ¿Qué debe entenderse por violencia en el aborto? — 491. Violencia ejercida sin propósito de causar aborto. — 492. Insuficiencia de la pena impuesta para este caso.—493. Aborto causado por culpa ó imprudencia.—494. Aborto causado por la embarazada ó con su consentimiento. — 495. Tentativa de aborto. — 496. Razones para no castigar el aborto intentado por la madre. — 497. Opinión y jurisprudencia en Francia. — 498. En nuestra ley no hay excepción alguna á la punibilidad de la tentativa de aborto. — 499. Atenuación derivada de la naturaleza del impulso á delinquir. — 500. Debiera extenderse al causado por los padres de la mujer embarazada. — 501. Agravante derivada de la profesión del que causa el aborto. — 502. Agravante de la muerte de la embarazada.....

CAPÍTULO IV

DUELO

503. Legislación concordante con el Código.—504. Inejecución de las leyes sobre el duelo.—505. Su inutilidad. — 506. ¿En qué sentido podría intervenir la ley en el duelo? — 507. Argumento derivado de la naturaleza jurídica de la incriminación del duelo.—508. Reglamentación del duelo. — 509. Justificación de mi doctrina. — 510. Exposición de la ley. Medida preventiva de los duelos.—511. La intervención de padrinos es esencial á la calificación de duelo.—512. Penalidad del duelo con intervención de padrinos.—513. Penalidad de los que se

bátan sin padrinos.—514. Crítica de estas disposiciones.	
—515. Penalidad del que instiga á provocar ó aceptar un duelo y del que desacredita al que lo rehusa.—516. Penalidad del que se propone en un duelo un lucro ú otro objeto inmoral.—517. Penalidad del que falta á las condiciones establecidas.—518. Circunstancias agravantes del duelo.—519. Circunstancias atenuantes.—520. Penalidad de los padrinos.....	75

CAPÍTULO V

LESIONES CORPORALES

521. Crítica del método.—522. Elementos legales del delito de lesiones.—523. Relaciones entre el daño producido y la intención.—524. Ausencia de toda voluntad de dañar.—525. Intención superior al daño.—526. Concorancia perfecta entre la intención y el daño.—527. Dificultades cuando el daño es más grave que la intención, ó cuando la voluntad de dañar es indeterminada.—528. Sentido de la palabra <i>voluntariamente</i> , usada en el artículo 119.—529. Imposibilidad de determinar la relación precisa entre la intención y el daño.—530. Necesidad de que la ley tuviera en cuenta el impulso á delinquir.—531. Lo mismo debió hacer respecto á las relaciones de parentesco entre el delincuente y la víctima.—532. Criterios adoptados sobre la gravedad de las lesiones.—533. Lesión consistente en sacar á otro los ojos.—534. Castración. Acepcciones que admite.—535. Cuál entiendo por verdadera.—536. Observaciones sobre la gravedad del delito de castración.—537. Otras lesiones graves.—538. Mutilación de un miembro ú órgano principal.—539. Inutilización para el trabajo.—540. La incapacidad es para el trabajo en general, no para el habitual del ofendido. Fundamentos.—541. La de que	
---	--

habla el artículo 119 debe ser permanente y definitiva.
 — 542. Deformidad notable. — 543. Es imposible deter-
 minar con fórmulas exactas la gravedad de las lesiones.
 — 544. Lesiones menos graves y lesiones leves. — 545.
 Clasificación de las lesiones según Mata. — 546. Lesiones
 en riña..... 91

CAPÍTULO VI

DEL ADULTERIO

547. Delitos contra la honestidad. — 548. ¿Debe ser pe-
 nado el adulterio? — 549. La represión depende de la
 voluntad del cónyuge ofendido. — 550. Quiénes dedu-
 cen, por lo general, la acción. — 551. Argumento de la
 razón de punibilidad que se da del adulterio de la mujer.
 — 552. Otro, deducido de los elementos de la consuma-
 ción del adulterio. — 553. Dificultades de la prueba de
 la consumación. — 554. El verdadero correctivo del
 adulterio está en la disolubilidad del vínculo conyugal.
 — 555. Disposiciones legales sobre el adulterio. — 556.
 Doctrina en que se funda la diferente apreciación del
 adulterio de la mujer y del marido. — 557. Sistema del
 proyecto Tejedor. — 558. No debe definirse en la ley el
 adulterio. — 559. Caracteres primordiales del adulterio.
 — 560. No habrá adulterio en matrimonio religioso con-
 traído bajo la ley de matrimonio civil. — 561. ¿Habrá
 acción de adulterio entre cónyuges divorciados? — 562.
 Intención criminal. — 563. Unión sexual. — 564. Con-
 sideraciones sobre la pena del codelincuente. — 565.
 Adulterio del marido. — 566. En nuestra ley la acción
 de adulterio es puramente privada. — 567. Fundamento
 de esta disposición. — 568. Obligación de acusar á ambos
 culpables. Crítica. — 569. La remisión de la pena al con-
 sorte aprovecha al cómplice. Crítica. — 570. Consecuen-

cias importantes de ser privada la acción de adulterio.	
— 571. No procede la acción penal, pendiente la de divorcio.	
— 572. Vacío en la disposición del artículo 126.....	113

CAPÍTULO VII

DE LA VIOLACIÓN

573. Elementos legales del delito de violación. — 574. Se ha aplicado al delito de violación una regla del delito de atentado al pudor en las leyes francesa y belga. — 575. Distinción entre el atentado al pudor, aún con violencia, y la violación. — 576. Crítica de la disposición de la ley. — 577. Aprobación de los tres incisos del artículo 127.— 578. Penalidad de la violación. Crítica. — 579. Conveniencia de una agravante especial fundada en el parentesco próximo de la víctima. — 580. Disposición sobre el delito de sodomia. — 581. Su crítica. — 582. El delito puede cometerse en persona del sexo femenino.....	133
---	-----

CAPÍTULO VIII

ESTUPRO Y CORRUPCIÓN DE MENORES

583. Divergencias sobre la acepción del estupro. — 584. Elementos legales del delito de estupro. — 585. Virgini- dad de la ofendida. — 586. Seducción. — 587. Edad. — 588. Opiniones sobre el concepto de la seducción.— 589. Debiera pensarse en general el atentado al pudor sin vio- lencia. — 590. Agravantes especiales del estupro.— 591. ¿En qué consiste el delito de corrupción de menores? — 592. Crítica á la redacción del artículo 132. — 593.	
---	--

Ejemplo de la jurisprudencia francesa. — 594. La corrupción de menores á que se refiere la ley es la que se verifica para satisfacer pasiones de tercero. — 595. Para la consumación del delito no es necesaria la corrupción ó prostitución efectiva de la menor. — 596. La ley se refiere sólo á menores del sexo femenino. Crítica. — 597. Observación sobre la gravedad de la pena.....	Páginas 145
---	----------------

CAPÍTULO IX

DEL RAPTO

598. Circunstancia que caracteriza esencialmente el delito de rapto. — 599. El fin del delito resulta de la interpretación de la ley. — 600. Diversos casos de rapto. — 601. Rapto de mujer casada, ejecutado con violencia. — 602. Rapto de mujer casada, con su consentimiento. — 603. Rapto de menor de doce años. — 604. Rapto de viuda honesta ó doncella mayor de doce años. — 605. Rapto en menor de quince años. — 606. Rapto con intención de contraer matrimonio. — 607. Rapto no comprendido en los casos anteriores. — 608. Rapto con violación ó estupro. — 609. Presunción legal de homicidio. — 610. Opinión de Pacheco y refutación.....	159
--	-----

CAPÍTULO X

DISPOSICIONES COMUNES Á LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

611. La acción en los delitos contra la honestidad depende de la acusación ó denuncia privadas. — 612. Jurisprudencia sobre la nueva disposición. — 613. Quienes pueden acusar ó denunciar. — 614. No es necesario que el denunciante tenga poder legítimamente constituido. — 615.

¿ Puede la madre de la ofendida ser denunciante contra el padre de la misma? — 616. Casos en que procede libremente la acción pública. — 617. Remisión de la pena por el matrimonio con la ofendida. — 618. Fundamentos para admitir la remisión por el perdón de la misma. — 619. Caso práctico de perdón sin efecto por oposición de la ley. — 620. Complicidad de los guardadores. — 621. Condenación pecuniaria.....	167
--	-----

CAPÍTULO XI

MATRIMONIOS ILEGALES

622. Objeto del título del Código <i>Matrimonios ilegales</i> . — 623. Reformas recientes en la institución del matrimonio. — 624. Las prescripciones de este título del Código sólo se aplicarán en sanción del matrimonio civil. — 625. Excepción de los matrimonios celebrados con anterioridad á la ley de matrimonio civil. — 626. Matrimonios ilegales. — 627. Aceptación legal de la bigamia: el delito se comete en un <i>acto</i> y no en un <i>estado</i> . — 628. Solución contraria de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Su fundamento expuesto por el Sr. Juez de la Corte doctor Varela. — 629. Legislación comparada. — 630. La jurisprudencia y la doctrina francesas son perfectamente aplicables á nuestro artículo. — 631. No hay continuidad en el delito de bigamia. — 632. Jurisprudencia italiana. — 633. Cuestión sobre la jurisdicción competente para juzgar la validez del matrimonio anterior ó del nuevo. — 634. Matrimonio con impedimento no dispensable. — 635. Simulación de matrimonio. — 636. Matrimonio con impedimento dispensable. — 637. Sorpresa ó engaño de un párroco para hacerle intervenir en un matrimonio ilegal pero válido. — 638. Pena del eclesiástico que autoriza un matrimonio ilegal. — 639. Matrimonio ilegal de un menor. — 640. Pena pecuniaria. — 641. Ejercicio

de la acción por matrimonio ilegal. — 642. Sanciones penales de la ley de matrimonio civil.....	179
---	-----

CAPÍTULO XII

DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS

643. ¿Cuáles son los delitos contra el estado civil?— 644. Crítica del título. — 645. ¿Qué debe entenderse por <i>estado civil</i> ? — 646. Necesidad de distinguir sobre el móvil de estos delitos. — 647. Ficción de preñez ó parto. — 648. Calidad de los derechos que deben atribuirse al supuesto hijo.—649. Crítica de la jurisprudencia española sobre este punto. — 650. Consideraciones sobre el móvil en la suposición de parto.—651. Cooperación de médico ó partera en la ficción de preñez ó parto. — 652. En la ficción de parto es indispensable que se haya presentado un supuesto hijo. — 653. Exposición ú ocultación de niño en su perjuicio. — 654. Causa de excusa que la ley debiera admitir. — 655. Pena que correspondería si la filiación supuesta tuviera por móvil una defraudación. — 656. Crítica al artículo 153. — 657. Pena accesoria cuando el delito se comete por un pariente.....	197
---	-----

CAPÍTULO XIII

DETENCIÓN PRIVADA

658. Delitos contra las garantías individuales. — 659. Observaciones sobre el método.—660. Elemento material del delito de detención privada.—661. Explicación de ese elemento. — 662. Elemento moral del delito. — 663. Detención de la mujer por el marido.— 664. Penalidad de la detención privada.— 665. Circunstancias calificativas del delito. — 666. No se tendrán en cuenta como agravantes generales. — 667. Detención con amenazas	
---	--

de muerte.— 668. Qué pena le corresponde.— 669. No hay disposición que prevea el delito de reducción á esclavitud.	209
---	-----

CAPÍTULO XIV

SUSTRACCIÓN DE MENORES

670. Gravedad de este delito y penas con que le castigan los códigos extranjeros. — 671. Crítica de nuestra ley sobre este punto. — 672. Casos previstos por la ley. — 673. Encargado del menor que no lo presente á sus padres ó guardadores. — 674. Pena accesoria de caución.....	219
--	-----

CAPÍTULO XV

ABANDONO DE NIÑOS

675. Disposiciones de los artículos 162 y 163. — 676. Qué debe entenderse por <i>niño</i> . — 677. Analogías entre el abandono y la exposición de niño.— 678. Diferencias entre la exposición y el abandono.—679. Jurisprudencia española.—680. Deposition del niño en el torno de una inclusa. — 681. Disposición del artículo 164. — 682. Crítica de Pacheco aplicable á este artículo.....	223
---	-----

CAPÍTULO XVI

VIOLACIÓN DE DOMICILIO

683. Importancia del derecho protegido por este título. — 684. Se trata aquí de la violación de domicilio cometida por particulares.— 685. Observaciones sobre el método. — 686. Definición legal del delito. — 687. La acepción del domicilio es distinta de la que tiene en lo civil. —	
---	--

688. No puede confundirse la violación de domicilio con un atentado á la propiedad.— 689. El derecho de inviolabilidad lo tiene el inquilino contra el propietario.— 690. La protección no se extiende á las cosas muebles.— 691. No hay violación de domicilio en el ingreso en un campo ajeno.— 692. La ley sólo menciona el ingreso en morada ajena, no la permanencia en ella contra la voluntad del morador.— 693. Exámen de los términos <i>contra la voluntad del morador</i> . — 694. Jurisprudencia española.— 695. Casos en que no es delito el ingreso en morada ajena sin consultar la voluntad del morador. — 696. Ingreso en casa abierta al público.— 697. No se debe entender por tal la casa de tolerancia.— 698. Penalidad de la violación del domicilio.....	229
---	-----

CAPÍTULO XVII

AMENAZAS Y COACCIONES

699. ¿ En qué consisten los delitos de amenazas y coacciones? -- 700. Disposiciones legales. — 701. Su comparación con las del código español. — 702. Extensión de la imputabilidad según los terminos de nuestra ley. — 703. Crítica al artículo 168. — 704. Disposiciones del proyecto Tejedor. — 705. Penas accesorias facultativas. — 706. No pueden aplicarse indistintamente la caución ó la vigilancia de la autoridad. — 707. Coacciones. — 708. Naturaleza de las violencias que caracterizan la coacción. — 709. Justicia por mano propia.	241
---	-----

CAPÍTULO XVIII

DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

710. Delitos de descubrimiento y de revelación de secretos. — 711. Observaciones sobre el método. — 712. Deno-
--

minación que correspondería á esta clase de delitos. —	
713. Elementos del delito. — 714. Apoderamiento de	
cartas. — 715. Criterios de gravedad y penalidad de	
estos delitos. — 716. Descubrimiento del secreto de in-	
vencción ó procedimiento industrial. — 717. Descubri-	
miento del secreto por administrador, dependiente ó cria-	
do. — 718. Disposición general sobre responsabilidad	
civil.....	249

CAPÍTULO XIX

DE LAS CALUMNIAS É INJURIAS

719. Concepto legal de la injuria y la calumnia. — 720.	
Analogía entre nuestra ley y la española. — 721. Dife-	
rencia con otras legislaciones. — 722. Criterio legal de	
distinción entre la injuria y la calumnia. — 723. La	
imputación calumniosa sólo puede referirse á un hecho	
ejecutado ó en ejecución. — 724. Otra condición esencial	
de la calumnia. — 725. Cuándo puede haber calumnia y	
no injuria en la imputación de una violación. — 726.	
Falsedad de la imputación. — 727. Imputación de delito	
ya juzgado. — 728. La responsabilidad por injuria no	
depende de la verdad ó falsedad de la imputación. — 729.	
Imposibilidad de determinar por la ley la gravedad de las	
injurias. — 730. Criterios adoptados por aquélla. — 731.	
Calumnia ó injuria equívocas ó encubiertas. — 732. Pro-	
pagación por medio de la prensa. Teorías sobre el delito	
de imprenta. — 733. Facultad constitucional del Con-	
greso para legislar sobre imprenta. — 734. Reproduc-	
ción de una injuria ó calumnia propagada por la prensa.	
— 735. Ejercicio de la acción. — 736. Remisión de la	
pena. — 737. Compensación de injurias verbales y de	
escritas leves. — 738. Retracción. — 739. Penalidad de	
las calumnias é injurias	255

CAPÍTULO XX

ROBOS Y HURTOS

Páginas

740. Indeterminación de los caracteres esenciales del robo y del hurto. — 741. Elementos de distinción adoptados en nuestro idioma. — 742. Aceptación del robo en la legislación general. — 743. Su aceptación en diversos idiomas. — 744. Aceptación extensa del lenguaje común. — 745. Método para determinar los caracteres comunes y las últimas diferencias del robo y del hurto. — 746. Elemento material del delito. Opinión de los jurisconsultos. — 747. Jurisprudencia francesa. — 748. Jurisprudencia en la Capital Federal. — 749. Jurisprudencia española. — 750. En el apoderamiento de la cosa puede verse el verdadero elemento material del delito. — 751. Hay robo consumado en el apoderamiento del recipiente con intención de robar el contenido. — 752. El robo y el hurto sólo pueden recaer en cosas muebles. — 753. Las cosas incorpóreas no pueden ser objeto de robo ni de hurto. — 754. La cosa sustraída debe ser *ajena*. Inteligencia de este término. — 755. Cosa de sucesión indivisa en que se tenga derecho. — 756. Cosas sin dueño y cosas abandonadas. — 757. Elemento intencional del delito. — 758. Calificaciones legales del robo. — 759. Robo con homicidio. — 760. Resoluciones contradictorias en la jurisprudencia española. — 761. *Quid* del homicidio con propósito de ocultar el robo. — 762. Unidad de infracción en el robo con homicidio. Consecuencias. — 763. Robo con violencias en las personas, que causen peligro de muerte ó lesiones graves. — 764. Comparación de nuestra disposición y la del código español. — 765. Robo en despoblado y en banda ó complot. — 766. Robo en despoblado y con armas. — 767. Crítica á la disposición legal. — 768. Robo, en lugares poblados, en banda ó complot. — 769.

Robo, hiriendo ó maltratando á una persona para que descubra, entregue ó no defienda la cosa. — 770. Otros robos con violencia en las personas. — 771. Robo con amenazas ó intimidación. — 772. Distinción entre las amenazas con propósito de lucro y las que tienen un propósito distinto. — 773. Observación común á los casos del artículo 189 y al último inciso del 188. — 774. Detención en rehenes para sacar rescate. — 775. Extorsión. — 776. Robo con simulación de autoridad. — 777. Robos sin violencia ni intimidación en las personas. — 778. Robo con escalamiento, etc. — 779. Con fractura de puerta ó ventana. — 780. Con ganzúas, llaves falsas, etc. — 781. Robo con auxilio de doméstico ó dependiente. — 782. Atenuante del valor de lo robado. — 783. Concurrencia de intimidación ó violencia en las personas y fuerza en las cosas. — 784. Disposiciones legales sobre el hurto. — 785. Falta una penalidad para el hurto en general. — 786. Criterio derivado del valor de lo hurtado. — 787. Delito de robar cadáveres para hacerse pagar su devolución. Crítica.....	271
---	-----

CAPÍTULO XXI

DE LA USURPACIÓN

788. Carácter distintivo del delito de usurpación. — 789. Relación entre las leyes de la usurpación y las del interdicto de despojo. — 790. En las mismas condiciones en que se dá el interdicto procede la acción penal. — 791. Caso en que bastarían las indemnizaciones civiles. — 792. Penalidad de la usurpación. — 793. Alteración de términos y linderos de fincas ó heredades. — 794. Su penalidad.	313
---	-----

CAPÍTULO XXII

DE LOS QUEBRADOS Y OTROS DEUDORES PUNIBLES

Páginas

795. Disposiciones penales sobre la quiebra. — 796. Observaciones sobre el método para legislar la quiebra. — 797. Correspondería dictar la ley especial de bancarrotas. — 798. Principios generales sobre aplicación de las diversas leyes que rigen la quiebra. — 799. Método para el examen de las disposiciones penales. — 800. ¿Quién es quebrado ante la ley penal? Examen de la ley comercial actual sobre este punto. — 801. Examen de la reforma del Código de Comercio. — 802. Doctrina general y conclusión. — 803. ¿Qué se entiende por quebrado fraudulento ó culpable? — 804. Cuestiones que surgen de la diversidad de leyes que rigen la quiebra. — 805. Incidente de la prisión de los corredores de la Bolsa de Buenos Aires. — 806. Debate á que dió lugar. — 807. ¿Qué se entiende por cuestión prejudicial? — 808. División de las cuestiones prejudiciales. — 809. Doctrina contra la prejudicialidad de la declaración de quiebra. — 810. Disposición del artículo 1104 del Código Civil. — 811. Originalidad de esta disposición. — 812. El artículo se refiere á una cuestión prejudicial á la decisión. — 813. Inaplicabilidad de la disposición al caso discutido. — 814. La calificación de la quiebra en lo comercial no tiene autoridad de cosa juzgada en lo criminal. — 815. Discusión sobre si la clasificación de lo comercial se impone en lo penal. — 816. Reforma del Código de Comercio sobre este punto. — 817. Casos que determinan indicios de culpa. — 818. Presunciones de quiebra fraudulenta. — 819. Alcance de la disposición. — 820. Quiénes son cómplices de la quiebra. — 821. Objeto de la consignación de presunciones legales. — 822. Quiebra de los corredores. — 823. Alcance de la presunción legal sobre este

punto.— 824. Otros deudores punibles. — 825. Colocación que correspondería á esta disposición.....	Páginas 319
--	----------------

CAPÍTULO XXIII

DE LAS ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES

826. Consideraciones generales. — 827. Dificultad para determinar todos los medios de apropiación de lo ajeno. — 828. Doctrina del dolo civil y dolo criminal; su examen. — 829. Cómo puede omitirse toda distinción. — 830. Elementos del dolo según el Código Civil. — 831. No puede asegurarse que sean los mismos que la ley penal entiende reprimir. — 832. La defraudación es género de delito; la estafa una especie. — 833. Disposiciones legales sobre la estafa. — 834. Observación sobre la redacción del artículo 202. — 835. Elemento material de la estafa. — 836. El nombre supuesto, la calidad simulada y el falso título pueden constituir á la vez falsedad. — 837. Apariencia de bienes, crédito, negociación, etc. — 838. Diversas formas de defraudación enumeradas en el artículo 203. — 839. Su carácter común. — 840. Casos caracterizados por el abuso de confianza. — 841. Delito de los que niegan haber recibido, se apropian ó distraen dinero ó efectos confiados en comisión, etc. — 842. Interpretación del código español sobre este punto. — 843. Diferencia con nuestro texto. — 844. Circunstancia esencial á la existencia de aquel delito. — 845. Cuándo se entenderá que hay defraudación en él. — 846. Distinción importante. — 847. Abuso de firma en blanco. — 848. Sus elementos: abuso de firma. — 849. Entrega de la firma en blanco. Qué se entiende por tal. — 850. Su analogía con la adulteración de un documento. — 851. La defraudación es esencial. — 852. Negativa á restituir la cosa ajena, que se hallare perdida.

— 853. Fraude en escritura pública y abuso de confianza. — 854. Sustracción de la cosa propia legítimamente en poder de otro. — 855. Criterio adoptado para la penalidad. — 856. Delito del que vende como libres bienes litigiosos. Error notable del texto del Código. — 857. Abuso de debilidades de un menor. — 858. Motivos de esta incriminación en la legislación extranjera. — 859. No existen en nuestra legislación. — 860. Análcsas observaciones sobre el abuso en contrato con un menor. — 861. Fraude en las subastas públicas. — 862. Venta del objeto recibido en prenda.....	349
---	-----

CAPÍTULO XXIV

DE LOS INCENDIOS Y OTROS ESTRAGOS

863. Observaciones sobre el método. — 864. La ley no determina en qué consiste el delito. — 865. Opinión de Haus. — 866. Legislación comparada. — 867. Casos en que habría mera tentativa. — 868. Crítica de la ley. — 869. Exposición del artículo 208. — 870. Crítica de la penalidad adoptada para el caso en que el incendio ocasione la muerte de una persona. — 871. La misma para el caso en que se ejecute en archivo del Estado ó de los tribunales. — 872. Incendio en casa habitada. — 873. Exposición del artículo 210. — 874. Aclaración que este artículo admitiría. — 875. Disposición general sobre el incendio. — 876. Casos que debía preverse especialmente. — 877. Criterio de gravedad derivado de la importancia del perjuicio. — 878. Estragos. — 879. Posesión de bomba explosiva, mezcla ó preparativo destinado á incendiar ó causar estragos. — 880. Observaciones sobre esta disposición. — 881. La incriminación dependerá esencialmente del destino que se dé á aquellos objetos. — 882. El culpable de incendio ó estrago no se	
--	--

	Páginas
exime de pena aunque para hacerlo haya incendiado ó destruido su propiedad. — 883. Destrucción de vías férreas. — 884. Destrucción de telégrafos. — 885. Antecedentes de estas disposiciones.....	379

CAPÍTULO XXV

DE LOS DAÑOS

886. Elemento material de este delito.—887. Su elemento moral.—888. Daño causado por culpa.—889. Agravaciones especiales.—890. Importancia del daño. — 891. Penalidad en los casos no calificados.—892. Origen de las disposiciones del Código en este materia.—893. Agravación especial del daño en animales domésticos y no del daño en ganados.—894. Daño causados en sepulcros.—895. En signos conmemorativos.—896. En monumentos, estatuas y objetos de artes.....	395
---	-----

CAPÍTULO XXVI

DISPOSICIONES GENERALES SOBRE HURTOS, DEFRAUDACIONES Y DAÑOS

897. Exención de responsabilidad por parentesco ó afinidad. — 898. Legislación comparada. — 899. Dudas sobre el fundamento de esta exención. — 900. Su razón jurídica puede verse en la comunidad de bienes de la familia. — 901. Situación del cómplice. — 902. Interpretación del texto legal. — 903 Distinción que debiera hacerse entre el cómplice por ánimo de lucro y el que no lo tiene. — 904. Fórmula del Código francés sobre este	
---	--

punto. — 905. Reforma en el código belga. — 906. Ex-	
clusión de la exención en el delito de robo. — 907. Juris-	
prudencia española. — 908. — Disposición sobre respon-	
sabilidad civil.....	401

rpm

8/21/26

